



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais**

**LETICIA HOLANDA DOS SANTOS**

# **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE a busca por medicamentos não incorporados pelo SUS**

Brasília

2014

**LETICIA HOLANDA DOS SANTOS**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE a busca por  
medicamentos não incorporados pelo SUS**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília como requisito  
parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS.

Orientador: Professor Dr. Álvaro Luis de  
Araújo Ciarlini

Brasília

2014

LETICIA HOLANDA DOS SANTOS

# **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE a busca por medicamentos não incorporados pelo SUS**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília como requisito  
parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS.

Orientador: Dr. Professor Álvaro Luis de  
Araújo Ciarlini

Brasília,        de                                de 2014

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Dr. Álvaro Luis de Araújo Ciarlini  
Orientador

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

*Dedico este trabalho, e todas as minhas conquistas, ao meu pai, pela dedicação, a minha mãe, a mais especial entre todas as mulheres, a minha irmã, conselheira e amiga, e aos amigos de vida e caminhada, por compartilharem das minhas alegrias e tristezas, e deixarem o melhor de cada um em mim. Sem eles nada disso seria possível.*

## RESUMO

O presente trabalho nasce a partir da constatação do aumento exponencial no número de causas judiciais envolvendo o direito à saúde, especialmente através de pedidos de fornecimento de medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o que vem estimulando debates tanto na esfera do Direito como na área de gestão pública. Nesse sentido, o objetivo principal desta monografia é enriquecer o discurso que permeia a judicialização da saúde, a partir do reconhecimento de um direito subjetivo e sua possibilidade de tutela judicial. Além disso, serão desenhadas considerações a respeito da lógica segundo a qual o Poder Público dedica-se a universalizar o direito à saúde através de um sistema único, bem como os reflexos da atuação judicial nas políticas públicas, tanto nos conflitos individuais quanto nos coletivos. Ao final, a dialética entre a interpretação judicial e os argumentos de defesa trazidos pelo poder público serão analisados à luz da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

**Palavras chaves:** Judicialização. Saúde. SUS. Fornecimento de Medicamentos. CONITEC. Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>1. SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL</b>	<b>9</b>
1.1 Dos DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1.1 Os DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO	15
1.2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.2.1 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL	21
1.2.2 EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS A PRESTAÇÕES SOCIAIS	23
1.3 RECONHECIMENTO DE UM DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE.	29
<b>2. DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO</b>	<b>36</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	37
2.1.1 CAMINHOS DO DIREITO À SAÚDE	37
2.1.2 CONHECENDO O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS	40
2.1.3 O FINANCIAMENTO PÚBLICO DA SAÚDE	46
2.2 JUDICIALIZAÇÃO E PROTAGONISMO JUDICIAL	50
2.2.1 CONDIÇÕES DE EXISTÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO	50
2.2.2 ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA	54
2.2.3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	59
<b>3. JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE</b>	<b>63</b>
3.1 POLÍTICA DE MEDICAMENTOS NO BRASIL	64
3.2 INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE	67
3.3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	70
3.3.1 POSICIONAMENTO DO STF	70
3.4 Á GUISA DE CONCLUSÃO	74
3.4.1 TÓPICO CONCLUSIVO LUHMANNIANO	77
<b>4. CONCLUSÃO</b>	<b>84</b>
<b>5. REFERÊNCIAS</b>	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

Portador de mieloma múltiplo, raro tipo de câncer no sangue, o aposentado Raimundo Bruzzi toma há dois anos Revlimid, remédio prescrito por sua hematologista para impedir o avanço da doença. Sem condições de pagar pelo remédio, ao custo de 10 mil dólares por mês, teve de recorrer à Justiça para ter acesso à terapia. Aprovado em mais de 80 países, o Revlimid não está na lista de medicamentos aceitos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.<sup>1</sup>

Este episódio é apenas um exemplo do crescente número de ações judiciais demandadas contra o Poder Público com a finalidade de garantir bens e serviços em saúde, principalmente o fornecimento medicamentos, procedimentos e até mesmo a incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

A "Constituição Cidadã", assim chamada a Constituição Federal de 1988, conquistou força normativa, isto é, suas normas passaram a gozar de aplicabilidade direta, e nesse ambiente, os direitos sociais, em particular o direito à saúde, converteu-se em direito subjetivo, admitindo tutela judicial que procura cumprir a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.<sup>2</sup>

Tal contexto, quando analisado na vivência do plano prático, assume uma dramaticidade – literalmente situada entre a vida e a morte – que torna polêmica a atuação judicial, sobretudo porque de um lado encontra-se uma pretensão individual ao direito à saúde, diretamente ligado ao direito à vida, e do outro lado, uma política pública que, por vezes, não atende as expectativas dos

---

<sup>1</sup> Carta Capital. *Impasse crônico Miguel Martins e Rodrigo Martins*. publicado em 02/01/2014 disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/revista/775/impasse-cronico-9053.html> > acesso: em 05/06/14 às 16:36h.

<sup>2</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar 2001, p. 83

cidadãos.

A compreensão desse cenário perpassa por análises políticas, sociais e jurídicas profundas, e ainda que o presente trabalho não possua a pretensão de esgotar todo o tema, e que não culmine em um tópico conclusivo, o objetivo está pautado na contribuição de um enriquecimento condizente com a complexidade que envolve o tema.

Nessa perspectiva, lançaremos um quadro geral sobre o que se têm discutido no âmbito do direito à saúde, passando a analisar, de forma mais detida, o posicionamento do judiciário quanto às ações que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados nas listas da do SUS e os argumentos colocados pelo poder público em sua defesa.



## 1. SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à saúde apresenta-se em sua concepção constitucional, como um direito fundamental, para alguns, não efetivo e com caráter meramente programático, e para outros, um direito fundamental passível de ser exercido, indistintamente, possuindo a máxima efetividade das normas constitucionais<sup>3</sup>.

Para construir uma reflexão a cerca de tais posicionamentos, *a priori*, iremos ampliar nossa visão, no que diz respeito aos próprios direitos fundamentais, desde a sua progressiva evolução, chegando à compreensão do seu papel no atual Estado Social Democrático de Direito.

Em seguida, a discussão girará em torno da possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à saúde, originado diretamente da norma constitucional, e se, com esse fundamento, o particular poderia ajuizar ações judiciais para ter sua prestação a um serviço de saúde concretizado.

### 1.1 Dos Direitos Fundamentais

#### 1.1.1 Os direitos fundamentais

De fundamental importância no processo de reconhecimento dos direitos fundamentais foram às doutrinas jusnaturalistas que já na Idade Média, com o pensamento de São Tomás de Aquino, defendia a existência de um direito natural como expressão da natureza racional do homem. Nesse período encontramos a produção da *Magna Carta*, que embora tenha sido apenas uma carta feudal feita para proteger alguns privilégios de barões, acabou por se tornar um símbolo das liberdades públicas, influenciando diversos juristas.

No processo histórico que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais, deve ser citada a Reforma Protestante que influenciou o pensamento filosófico que acabou por desembocar na laicização da doutrina do direito natural,

---

<sup>3</sup> PIMENTA JUNIOR, José Luiz Barbosa. *A saúde em uma perspectiva social e democrática*. In: FIGUEIREDO, Guilherme José (Org.). *Direito sociais estudos à luz da constituição de 1998*. Curitiba-PR: Letra da Lei, 2010. p. 95-107

reivindicando o reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto, além de ter sido precondição para as revoluções burguesas. Nesse contexto, já no século XVII, com pensadores como Hugo Grócio (1583-1645) e no século XVIII, com a contribuição de Jon Locke (1632-1704), baseado no contrato social, construiu-se a ideia de que os direitos naturais eram inalienáveis do homem e oponíveis contras as autoridades.<sup>4</sup>

Assim, todo o pensamento filosófico e político construído em torno dos direitos do homem levaram, por conseguinte, a produção de documentos como, por exemplo, as declarações de direitos inglesas *Petition of Rights*, em 1628, e *Bill of Right*, em 1689, onde, assim como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, não pode ainda ser considerada como marco inicial do nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo<sup>5</sup>, mas começamos a verificar uma limitação do poder monárquico em favor da liberdade individual, bem como a afirmação do Parlamento frente à coroa.

Somente na segunda metade do séc. XVIII, quando da luta pela independência dos Estados Unidos da América, é produzida, com profunda base naturalista e inspirada pelo pensamento político e filosófico europeu, a Declaração de Direitos do povo da Virgínea, em 1776, onde pela primeira vez, os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, no mesmo viés, intimamente ligada a Revolução Francesa, que instaurou uma ordem burguesa na França, fora produzida, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Valendo aqui ressaltar a lição de José Afonso da Silva, ao dizer que, em linhas gerais não há que se discutir a origem intelectual das Declarações dos Direitos americana ou francesa, vez que havia uma corrente filosófica geral humanitária, comum a todas as nações, cujo objetivo era a liberação do homem, esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 50

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 50

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. Positivo. 25. Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p 157

Enquanto a declaração americana se caracterizava por ser mais concreta e pragmática, a declaração francesa tinha moldes mais abstratos e universalizantes, já se mostrando preocupada com o social e com a igualdade, sendo crucial no processo de constitucionalização que se seguiria no séc. XIX, assim, se por um lado “os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos”.<sup>7</sup>

Cabe advertir que apesar de serem tratados como sinônimos há diferenças entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, sendo aquele mais amplo e este mais restrito, vez que nascem e acabam com as Constituições<sup>8</sup>, constituindo-se como um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de cada Estado<sup>9</sup>, ou conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos com inequívoco caráter supranacional”<sup>10</sup>

Cada passo na evolução da história da humanidade representou a conquista de um novo direito, porquanto o homem “além dos empecilhos da natureza, viu-se diante de opressões sociais e políticas, e sua história não é senão a história das lutas para delas se libertar, e o vai conseguindo a duras penas”<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 52

<sup>8</sup> Ingo fazendo referencia a P.C. Villalon, in REDC nº 25 (1989), p, 41-2. P 38

<sup>9</sup> SARLET, op.cit., p. 37

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 35

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p 150

Após seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, os direitos fundamentais foram progredindo, somando-se a eles novos direitos que refletiam às demandas de sua época. A partir da inserção histórica desses direitos, fala-se da existência de três “gerações” de direitos, como leciona Bonavides: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo.”<sup>12</sup>.

Importante ressaltar que, conforme moderna doutrina tem-se defendido a utilização do termo “dimensão”, ao invés de “gerações”, vez que este poderia gerar uma ideia de substituição gradativa de uma geração por outra, o que não ocorre, pois a soma de novos direitos fundamentais ocorre em caráter cumulativo e complementar, doutrinando nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet:

“Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos.’”<sup>13</sup>

Mergulhada nos ideais iluministas, a primeira dimensão dos direitos fundamentais são produtos do pensamento liberal-burguês, de base individualista, caracterizando-se como direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, apresentando assim, cunho negativo, vez que se dirigem a uma “abstenção” por

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 563.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 53

parte dos poderes públicos.<sup>14</sup> Os primeiros direitos a constatarem do instrumento normativo constitucional, foram os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, aquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.<sup>15</sup>

Introduzidos nas Constituições do segundo pós-guerra, baseados em uma reflexão antiliberal do séc. XX, onde se vivia sérios problemas sociais e econômicos oriundos do impacto da industrialização, os direitos fundamentais de segunda dimensão tiveram como base a constatação de que a retirada do Estado da vida do cidadão não garantia o efetivo gozo das liberdades já consagradas, desembocando no aparecimento de amplos movimentos sociais que reivindicavam um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social, ou seja, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, aqui se exige um comportamento positivo dos poderes públicos, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos e prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.”<sup>16</sup>

Vale destacar que os direitos de segunda dimensão, também chamados de direitos sociais, são aqui, de evidente importância, por ser exatamente nessa dimensão onde encontramos inserido o direito à saúde.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais transcende a titularidade individual, refletindo as demandas de uma sociedade que passa a se preocupar com as consequências dos impactos tecnológicos, com o meio ambiente, com o patrimônio comum da humanidade, com a paz etc., também são

---

<sup>14</sup> SARLET, op.cit.,p 54

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 563.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55

denominados de direitos de fraternidade ou solidariedade por destinarem-se a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), tendo titularidade coletiva ou difusa<sup>17</sup>, ou seja, tem “por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo de existencialidade concreta”<sup>18</sup>. Habitualmente identificados nessa dimensão, estão colocados os direitos ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação e o direito a paz. Insta advertir que alguns desses direitos ainda estão em fase de consagração, conforme palavras Ingor Wolfgang Sarlet citando lição do argentino M.A Ekmekdjian:

“[...] No que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara”<sup>19</sup>

Ainda que de forma rápida, cumpre indicar a tendência a se adotar uma quarta dimensão de direitos, segundo os quais, Paulo Bonavides sustenta serem resultados da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, ou seja, uma ultima fase de institucionalização do Estado Social, correspondendo aos direitos à democracia (direta), à informação e ao pluralismo.

#### *1.1.2. Direitos fundamentais no Estado Democrático e Social de Direito*

Fatores objetivos - industrialização, ascensão da burguesia, revoluções etc. - e subjetivos – ideologias, filosofias- criaram condições para que os direitos fundamentais fossem positivados nas Constituições dos séc. XIX e XX, e hoje, os mesmos fatores, porém com outra roupagem, continuam a influenciar a

---

<sup>17</sup> SARLET, op.cit., p. 56

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 569

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 57

forma como estes direitos são compreendidos na sociedade.

Fruto das evoluções sociais, o Estado passou por varias transformações, desde o modelo autoritarista, até o arranjo atual de Estado Democrático e Social de Direito. Nessa concepção de Estado, os direitos fundamentais adquirem intima vinculação com as noções de Constituição e Estado de Direito.

Tanto os direitos fundamentais, quanto as Constituições, abarcam uma limitação ao poder estatal, e a partir dessa premissa, entendeu-se que a essência do Estado constitucional seria formado pelos seguintes elementos nucleares: limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do principio da separação dos poderes<sup>20</sup>. Em um Estado constitucional, busca-se a concretização das liberdades fundamentais, bem como sua eficácia material.

“[...] Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou H.-P. Schneider., podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. [...] os direitos fundamentais passaram a ser simultaneamente a base e o fundamento (*basis and foundation of government*), afirmando, assim, a idéia de um Estado que, no exercício de seu poder, está condicionado aos limites fixados na sua Constituição”<sup>21</sup>

Os direitos fundamentais expressam a finalidade que norteia o moderno Estado constitucional de Direito, visto que, para a existência deste, e para que assim o seja, é necessária a presença das garantias dos direitos fundamentais, onde, somente nesse contexto, poderão aspirar à eficácia.

Partindo-se da assertiva de que os direitos fundamentais sociais prestacionais constituem a própria essência do Estado Social de Direito, e que este é produtor de igualdade fática, sua função, consiste, pois “em realizar a igualdade na Sociedade; “igualdade niveladora”, volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 68

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 68

Direito “<sup>22</sup>..

Segundo lições de BONAVIDES, não há outro caminho senão reconhecer a atual dependência do indivíduo, no que se refere às prestações sociais, em relação ao Estado, e fazer com que este, cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não há democracia nem liberdade.<sup>23</sup>

## 1.2 Eficácia dos direitos fundamentais

O termo eficácia está vinculado ao problema da força das normas constitucionais, ou seja, da real possibilidade de aplicação dessas normas jurídicas. Assim, ainda que algumas delimitações amplas no que se refere aos direitos fundamentais sejam feitas, o presente tópico tem como objeto o estudo da eficácia das normas de direitos prestacionais, mais especificamente o direito social a saúde, e algumas de suas consequências práticas.

Primeiramente, destaca-se a diferença entre eficácia social de eficácia jurídica. Aquela está relacionada à sua real materialização no mundo dos fatos, ou seja, o desempenho concreto da função social da norma, nas palavras de Luiz R. Barroso “simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”<sup>24</sup>; esta última refere-se à ideia da possibilidade de aplicabilidade da norma vigente, logo, eficácia jurídica nas palavras de José Afonso da Silva “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma”<sup>25</sup>.

Para compreensão do presente tópico, adotaremos posição de Ingo Wolfgang Sarlet:

---

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 378

<sup>23</sup> BONAVIDES, op.cit., p. 379

<sup>24</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 5 ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar 2001, p 83.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p 55



“[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade- gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorre- ou não- desta aplicação.”<sup>26</sup>

Nota-se que uma norma pode possuir eficácia jurídica, como por exemplo, revogar norma anterior, e, no entanto não possuir eficácia social (efetividade), isto é, não ser eficaz no plano social. Independente da decisão de aplicar o Direito- nos casos concretos-, a norma jurídica sempre será potencialmente aplicável e apta a gerar efeitos.

Tal assunto é sempre atual e de fundamental importância à luz da Constituição vigente, pois se constitui nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, no “eterno desafio de outorgar à ordem constitucional e, de modo especial, aos direitos fundamentais nela consagrados sua plena operatividade e eficácia, como condição para sua efetividade”.<sup>27</sup>

Sem adentrar nas diversas concepções e critérios que rodeiam a matéria da “eficácia jurídica das normas”, o presente estudo partirá de algumas premissas, a primeira delas, com base nos estudos do Ingo Wolfgang Sarlet, é de que “inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia”, e a segunda é que “determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar efeitos de forma imediata dependendo de uma atuação do legislador ordinário”.<sup>28</sup>

Normatividade suficiente, a que se refere SARLET, será aquela determinada pelo conteúdo trazido no dispositivo da norma, ou seja, a completude desse enunciado assume papel fundamental na questão da aplicabilidade e eficácia da norma jurídica. Aqui, fala-se em densidade normativa, isto é, normas com alta

---

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 253

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 249.

<sup>28</sup> SARLET, op.cit., p. 266

densidade normativa seriam aquelas que se encontram aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos, por outro lado, as normas de baixa densidade, dizem respeito àquelas que não possuem normatividade suficiente para, de forma direta, gerar seus efeitos, precisando assim, de uma intervenção legislativa<sup>29</sup>.

Ainda em relação à “eficácia das normas Constitucionais”, cabe lembrar que diversos trabalhos foram desenvolvidos propondo classificações, e nesse campo, importante divisão foi proposta por José Afonso da Silva, que sistematizou as normas quanto a sua eficácia em: normas de eficácia plena, contida e limitada<sup>30</sup>. As primeiras seriam as normas de aplicação imediata, tendo conteúdo completo e plena condição de serem executadas; normas de eficácia contida também teriam aplicação imediata, por possuir todos os elementos para sua execução, porém o dispositivo deixou ao legislador ordinário a possibilidade de estabelecer restrições; o ultimo grupo, é dividido pelo autor em dois subgrupos – normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e normas definidoras de princípio programático -, e refere-se a normas que, por não conterem suficiente completude ou normatividade, demandariam uma atuação do legislador ordinário, sendo de aplicação mediata<sup>31</sup>.

Não há pretensão de que esse trabalho venha a aprofundar no estudo e nas possíveis críticas aos conceitos e classificações desenvolvidas nessa seara, pois certo é que, atualmente não se discute que cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade.

As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assim como as demais normas constitucionais, assumem aspectos distintos conforme a técnica de positivação utilizada. A luz do nosso direito positivo, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, agrupou as normas materialmente

---

<sup>29</sup> Ibidem, p. 268

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ED.,. São Paulo: Malheiros, 1998, p 266

<sup>31</sup> MARQUES. Sebastião Fabiano Pinto. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais a luz de José Afonso da Silva*. Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. São João del-Rei, 2010, p. 7

constitucionais (aquele conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política<sup>32</sup>) em três grupos distintos: normas constitucionais de organização (aquelas normas que tem por objeto estruturar e disciplinar o exercício do poder político), definidoras de direito (aquelas normas que tipicamente geram direitos subjetivos, de modo especial os direitos fundamentais) e programáticas (traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos)<sup>33</sup>.

Limitando a análise às “normas definidoras de direitos fundamentais”, observamos que, se por um lado, a exemplo do art. 5º inciso XXXII, onde se lê: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” estamos diante de uma norma “*definidora de finalidade*” a ser implementada pelo Estado, e que estando inserida no Título “Dos direitos fundamentais”, seria, portanto, uma norma “*definidora de direitos fundamentais*”; por outro lado, encontramos no Título “Da Ordem Econômica e Social”, autênticas normas “*definidoras de direitos fundamentais*”, a exemplo do artigo art. 196 “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” positivada como autêntica “norma programática”. Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] sob a rubrica “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, se abrigam dispositivos que, no que diz a técnica de sua positivação, assumem feição característica das outras categorias referidas na tipologia de Luiz Roberto Barroso, que aqui tomamos como referencial, sem deixarem, contudo de ser autênticos direitos fundamentais.”<sup>34</sup>

Os direitos fundamentais exercem muitas funções e, em razão destas, o professor Ingo Wolfgang Sarlet, os separou em dois grupos: os direitos de defesa, referentes àqueles que são dirigidos a uma abstenção por parte do Estado, assumindo aparência de direitos subjetivos, entre eles os direitos de liberdade,

---

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 80

<sup>33</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva 2009, p. 200

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 275

igualdade, as garantias e alguns direitos sociais; e os direitos a prestações, que se dirigem a um comportamento ativo dos destinatários, são integrados, em sentido amplo, por direitos à proteção e à participação na organização e procedimentos, e, em sentido restrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional)<sup>35</sup>

Ao examinar os problemas da eficácia dos direitos fundamentais, quanto ao seu grau de eficácia e aplicabilidade, dois aspectos são relevantes, um diz respeito à funcionalidade dos direitos fundamentais (direitos de defesa ou prestacional), e o outro se refere a sua forma de positivação no texto constitucional (intimamente ligada à eficácia jurídica), vez que a carga eficaz será diversa em se tratando, por exemplo, de normas de natureza programática.

### *1.2.1 Eficácia jurídica das normas de direito fundamental*

Como já mencionado, eficácia jurídica diz respeito à possibilidade de uma norma vigente ser efetivamente aplicada aos casos concretos gerando efeitos jurídicos. Assim, o estudo da eficácia dos direitos fundamentais parte da análise do artigo 5º, §1º da CF que diz: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*”.

Tal norma, ao mesmo tempo em que se caracteriza por ser um importante instrumento colocado à disposição dos direitos fundamentais, também tem acendido diversas controvérsias, como por exemplo, quanto ao seu alcance e significado.

Como se sabe nossa Constituição não estabeleceu distinções entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, estando dessa forma, todos os direitos fundamentais, sujeitos ao mesmo regime jurídico. Em que pese à norma contida no artigo 5º, §1ºCF, sugerir que sua regra apenas se aplique aos direitos individuais e coletivos situados no rol do mesmo artigo, a utilização da fórmula genérica “direitos e garantias fundamentais”, bem como uma interpretação teleológica do texto constitucional, conduz ao entendimento da “aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, bem como dos localizados em outras partes do texto

---

<sup>35</sup> SARLET, op.cit., p. 276

constitucional e nos tratados internacionais”<sup>36</sup>. Sobre o referido dispositivo, leciona Ingo Wolfgang Sarlet citando M.G Ferreira Filho “[...] o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que “os permaneçam letra morta no texto da Constituição”<sup>37</sup>.

O cerne da questão consiste em desvendar se, afinal, a norma contida no art.5º,§1º da CF tem o poder de transformar qualquer direito fundamental em norma imediatamente aplicável e com plena eficácia, ainda que se trate de norma com baixa densidade normativa e precise de intervenção legislativa, como é o caso do direito à saúde, previsto no art. 196 da CF.

Por um lado, alguns sustentam que os direitos fundamentais alcançam sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, não podendo a norma em exame, atentar contra isso; por outro, há aqueles que sustentam a imediata aplicabilidade do direito fundamental, independente de concretização legislativa, como por exemplo, no caso das normas programáticas.<sup>38</sup>

Sem adentrar em análises críticas quanto aos diferentes pontos de vista adotados a cerca do 5º,§1º da CF, e partindo da premissa de que todas as normas constitucionais são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade, a referida regra contida no artigo 5º§1º da CF, é sim, aplicada a todos os direitos fundamentais, assumindo, porém, significados diferentes diante de cada categoria de direito, como por exemplo, no caso de alguns direitos sociais, que por terem natureza de prestação e dependerem de uma concretização legislativa não podem receber da citada norma, a mesma aplicação que recebem àqueles direitos de defesa com alta densidade normativa.<sup>39</sup>

Quanto ao alcance e significado da norma em análise, sustenta-se ainda, que ela impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, trata-se de norma com caráter dirigente que objetiva

---

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 280

<sup>37</sup> SARLET, op.cit., p. 281

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 281

<sup>39</sup> SARLET, op.cit., p. 285

tornar os direitos fundamentais prerrogativas diretamente aplicáveis por todos os poderes que possuem a obrigação de torna-los reais e efetivos.<sup>40</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, sustenta ser possível atribuir ao preceito o efeito de “gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de aplicação, em virtude de ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada e justificada”<sup>41</sup>

Nas palavras do professor Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] a melhor exegese da norma contida no art. 5º,§1º , da nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.”<sup>42</sup>

Assim, os direitos fundamentais, em relação às demais normas constitucionais, possuem maior aplicabilidade e eficácia, em virtude da aplicação do artigo 5º§1º da CF, o que não exclui a possibilidade de que, mesmo entre os direitos fundamentais, esse dispositivo seja aplicado em graduações diferentes, que irão depender de características como a forma de positivação, objeto e função de cada preceito.

### 1.2.2 Eficácia jurídica dos direitos a prestações sociais

Enquanto os *direitos de defesa* possuem natureza negativa – tendo como objeto uma abstenção do Estado-, os *direitos a prestações sociais* possuem natureza positiva – impondo uma conduta ativa do Estado-. Segue importantes referências conceituais feitas por Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Assim sendo, é de

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 286

<sup>41</sup> Ibidem, p. 288

<sup>42</sup> Ibidem, p. 288

acolher-se a preciosa lição de José E. Faria, para quem “ os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto é, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”<sup>43</sup>

O grupo dos *direitos de defesa* constitui, em princípio, direito subjetivo individual, onde existe uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e da máxima eficácia possível, não havendo razão, na posição do Ingo Wolfgang Sarlet, para a não prevalência da aplicação do 5º,§1º da CF.<sup>44</sup> Contudo, quando fazemos a mesma análise na esfera dos *direitos a prestações sociais*, observamos que apertadas discussões giram ao redor da sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.

Por reclamarem uma interposição do legislador para alcançar a plenitude de seus efeitos, os direitos prestacionais sociais são considerados normas de cunho programático, pois estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implantadas pelo Estado.

Aqui, cabe importante lição de Canotilho:

“[...] normas desta natureza correspondem às exigências do moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente, no sentido de que estas normas impõem aos órgãos estatais, de modo especial, ao legislador, a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos”<sup>45</sup>

Quanto à eficácia e a aplicabilidade que cada direito fundamental de cunho programático poderá adquirir, dependerá do seu grau de concretude em nível de Constituição, ou seja, a forma como a norma esta proclamada no texto constitucional irá delinear a forma de atuação do legislador, lhe oferecendo maior ou menor grau de conformação e vinculação a norma, e ainda, das características de

---

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 302

<sup>44</sup> SARLET, op.cit., p. 296

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 312

seu objeto.

Ingo Wolfgang Sarlet elenca importantes cargas eficaciais destacadas pela doutrina, que são inerentes as normas de cunho programático, dentre elas a seguinte:

“d) Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas [...] influenciam, este sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas”<sup>46</sup>

Ressalta-se que tais normas não são meras proclamações ideológicas, sendo dotadas de eficácia, que lhe gera, no mínimo, um direito subjetivo negativo, ou seja, “possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental”<sup>47</sup>, mesmo carecendo de ato concretizador do legislador.

Os direitos sociais prestacionais carecem de atuação legislativa, por possuírem baixa densidade normativa, além disso, dependem de fatores socioeconômicos, razão pela qual sua positivação tende a ser de forma vaga e aberta. Em razão de tais especificidades, costuma-se qualificar os direitos sociais prestacionais de direitos relativos, quando colocados sob a perspectiva de uma reserva do possível, que os coloca na dependência de uma circunstância econômica. Importa dizer que a necessidade de interposição legislativa para a eficácia desses direitos justifica-se pela dependência da disponibilidade de meios, e progressiva execução de políticas públicas.

Ainda que todos os direitos fundamentais impliquem em algum “custo”<sup>48</sup>, no que se refere aos direitos sociais prestacionais, por estarem atrelados à tarefa de melhoria e criação de bens materiais, a relevância econômica desses

---

<sup>46</sup> SARLET, op.cit.,p. 316

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 317

<sup>48</sup> GALDINO, Flavio. O custo dos direitos, in R.L.Torres (org), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-222



“custos” toma maiores proporções, vez que implica diretamente na *efetiva realização* das prestações demandadas.

A partir desse ponto, um recorte será feito dentro do universo dos direitos fundamentais sociais prestacionais, isto é, os problemas, a seguir expostos, ainda que inerentes a grande parte dos direitos sociais, serão abordadas sob a perspectiva e enfoque do direito social à saúde, previsto no texto constitucional do art. 196 “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Sendo versada constitucionalmente como um direito fundamental social, a saúde constitui-se em um dos bens mais valiosos do ser humano, devendo receber tutela protetiva estatal por ser característica inerente ao direito à vida. A grande questão gira em torno da real possibilidade de sairmos do plano das normas programáticas, e efetivarmos concretamente algo que é um direito fundamental a prestação.

Em outras palavras, o problema está relacionado à sua eficácia enquanto direito subjetivo a prestação, isto é, no questionamento quanto à possibilidade do particular, exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material, com base no reconhecimento de um direito subjetivo derivado de uma norma de direito fundamental social<sup>49</sup>.

De início, é preciso salientar que a abordagem será quanto à eficácia da *norma constitucional* gerar direito subjetivo, ou seja, a possibilidade de que uma norma de *direito originário* à prestação social, possa reconhecer um direito subjetivo com base exclusivamente no preceito constitucional.

A premissa de que, a presença da expressão “direito”, presente em algumas normas de direito fundamental, estaria positivando-o como direito subjetivo, apresenta grandes dificuldades, como bem esclarece de forma objetiva Ingo Wolfgang:

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 319

“[...] Ainda que se pudesse partir da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão “direito” (art. 6º: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...”), está, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática delas decorrentes, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente com base na norma constitucional, um direito subjetivo a prestações para o particular. Com efeito, não é pelo fato de o art. 6º da CF referir expressamente um direito do trabalho, que se pode simplesmente extrair a consequência de que ao particular cabe o poder de reclamar judicialmente que lhe seja concedido um emprego.”<sup>50</sup>

Existem na doutrina argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação estatal com base somente na norma constitucional. Por essa razão, para que se tenha uma dimensão mais ampliada do problema, faz-se necessária, ainda que de forma breve, uma exposição dos principais argumentos erguidos.

Favoravelmente, sustenta-se que, mesmo em se tratando de normas de natureza aberta e formulações vagas, tal característica não poderia impedir a imediata aplicabilidade, e plena eficácia da norma, vez que, aos tribunais caberia a determinação do conteúdo por ocasião de sua aplicação; outro argumento que se ergue seria que, por força do 5º, §1º, da CF, os direitos sociais já teriam caráter de direitos subjetivos, autorizando o judiciário a garantir, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto à prestação; Além disso, sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso a norma constitucional, sempre se poderia aplica-la, mesmo sem intermediação legislativa, já que caso contrário, se estaria concedendo maior força a norma infraconstitucional.<sup>51</sup> Esclarece Sarlet:

“[...] Para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais do direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> SARLET, op.cit., p. 320

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 327

<sup>52</sup> SARLET, op.cit., p. 327

Em oposição ao reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais, edifica-se a defesa, de acordo com Celso A. Bandeira de Mello, de que quando uma norma constitucional expressar apenas uma finalidade a ser alcançada pelo Estado, sem indicar os meios para atingi-la, não teria o particular direito a sua fruição, e nem a possibilidade de exigí-la, em virtude da indeterminação do dispositivo que o prevê.

Ainda nessa linha, tem-se argumentado que por carecerem de uma interposição legislativa, sendo dessa forma inviável identificar, na norma constitucional, o conteúdo e alcance da prestação que constitui seu objeto. Há também o argumento de que quando as normas constitucionais transferem ao legislador a tarefa de concretizar o direito fundamental, apenas após essa atuação legislativa haveria a possibilidade da prestação torna-se exigível<sup>53</sup>.

Insta trazer a argumentação, que tem ganhado assentimento nos tribunais, contra o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, chamada de teoria da reserva do possível, de acordo com a qual “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”<sup>54</sup>. Dentro dessa teoria sustenta-se que constitui tarefa cometida ao legislador de decidir sobre alocação dos recursos públicos e políticas públicas, razão pela qual se trata de um problema de natureza “eminentemente competencial”, assim, a concretização desses direitos pelo Poder Judiciário, mesmo sem atuação legislativa, estaria afrontando o princípio da separação dos poderes<sup>55</sup>.

SARLET citando J.-P.Muller ainda nos traz:

“[...] falta aos Juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 328

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p.29

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 328

efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir no âmbito estrito da argumentação jurídica”

### 1.3 Reconhecimento de um direito subjetivo à saúde.

Após breve exposição de argumentos favoráveis e desfavoráveis ao reconhecimento de direitos subjetivos aos direitos prestacionais, caminha-se, neste subitem, a defesa do posicionamento adotado nessa monografia, que desde já, e com base nas lições do professor Ingo Wolfgang Sarlet - Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha - assume postura favorável ao reconhecimento de um direito subjetivo à saúde.

A construção do entendimento quanto à possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo originário a uma prestação social parte da premissa de que a existência de direitos fundamentais constitui exigência do Estado Democrático de Direito, o problema está em compreender até onde navega a obrigação dos poderes públicos no *quantum* em prestações sociais deve assegurar e que podem ser judicialmente reclamadas pelos particulares<sup>56</sup>.

Surgem então três questões a serem respondidas: o reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais se limita a um padrão mínimo? Qual é este mínimo assegurado pelas normas fundamentais? Dentro do âmbito desse padrão mínimo, pode-se negar uma prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade de recursos?<sup>57</sup>

Se por um lado o argumento de que a indeterminação do enunciado normativo não é, por si só, argumento que justifique a dependência dos direitos sociais à interferência legislativa, já que com força do art. 5º, §1º, da CF possuem imediata aplicabilidade e eficácia, e que tal postulado objetiva a maximização da eficácia dos direitos fundamentais; por outro lado, mesmo quando tais direitos

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 369

<sup>57</sup> SARLET, op.cit., p. 370

possuem alto grau de completude, eles não conseguem paralisar o efeito da barreira fática da “reserva do possível”. Observa-se nesse contexto que o problema está mais agudo no que tange ao aspecto da alegada “ausência” de legitimação dos tribunais para a determinação do *quantum* em prestações, pois tal matéria, por ter relevância econômica e estar intimamente ligada a disponibilidade dos recursos, a decisão sobre a alocação de tais recursos, cabe, *a priori*, ao legislador<sup>58</sup>.

Pelo exposto, constata-se que, sob determinadas condições, é possível reconhecer direitos subjetivos a prestações sociais, independentemente da concretização do legislador, com especial prestígio aqueles vinculados à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, manifestado de forma incisiva no que tange ao direito à saúde, ainda que não se esgote as possibilidades do mínimo existencial.

Nesse aspecto, importante observação de Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] se atentarmos contra a dignidade, estaremos, na verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo. Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito”<sup>59</sup>

No horizonte que segue a doutrina dominante, é possível, ao menos no âmbito de “condições mínimas”, limitar à liberdade de conformação do legislador, posto que, negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência, pode denotar, em último exame, condená-lo a morte, por falta de medicamentos, por exemplo. De forma contundente, melhor explica Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] a denegação dos serviços essenciais a saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isso, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem

---

<sup>58</sup> Ibidem, p. 370

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 346

possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos”<sup>60</sup>

Quando não está em questão tão-somente a manutenção mínima de existência do indivíduo, existiria um *quantum* mínimo necessário a ser realizado pelo Estado, a ponto de não sobrevir às limitações fáticas da reserva do possível?

O rebate a essa tese perpassa pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que pode vir a assumir, importante função demarcatória, estabelecendo um limite para o que se chama de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, ou seja, se não há condições materiais mínimas para exercer suas liberdades, até mesmo os direitos de defesa, não passarão de normas vazias de sentido.<sup>61</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que nos casos em que o argumento da reserva de competência do Legislativo, bem como outras objeções ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais, esbarrar no valor maior da vida, da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses de conflitos entre bens constitucionais, onde predominar o direito social poder-se-á sustentar que “na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, *onde tal mínimo é ultrapassado*, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara- não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada”<sup>62</sup>

Convém robustecer o posicionamento tomado pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet em suas próprias palavras:

“[...] advogamos o entendimento de que na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto- afastando a possibilidade de direitos subjetivos a

---

<sup>60</sup> SARLET, op.cit., p. 347

<sup>61</sup> Ibidem, p. 372

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 372

prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer”<sup>63</sup>

É óbvio que mesmo no âmbito de um mínimo existencial há um comprometimento de recursos públicos, especialmente em países onde grande parcela da população depende de proteção social básica, também é inequívoco que nem a previsão de direitos sociais na constituição, ou na esfera infraconstitucional, tem o poder de, por si só, produzir um padrão desejável de justiça social, ou seja, o “Direito não tem o condão de – qual toque de Midas- gerar os recursos materiais para sua realização fática”<sup>64</sup>, também é evidente que há uma utilização da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, como uma espécie de “abracadabra jurídico de uma sociedade em que a discussão moral não é feita em público”<sup>65</sup>.

Contudo, tanto a dignidade da pessoa humana, quanto a dimensão mais concreta do mínimo existencial seguem sendo critérios materiais imprescindíveis, desde que devidamente contextualizados e justificados, a serem analisados no processo decisório envolvendo direitos sociais e políticas públicas. Importa ressaltar que no âmbito de uma concessão judicial o princípio da igualdade (geralmente violado nesses casos), não pode violar a dignidade concreta do cidadão, ainda mais quando um possível impacto negativo- por exemplo, falta de recursos para satisfazer a necessidade de terceiros- não é objeto de demonstração plausível e não impede uma realocação de recursos.<sup>66</sup>

Destaca-se ainda que o direito de ação é uma forma de manifestação concreta da cidadania, resultando manifesto que as decisões judiciais devem sempre ponderar todas as variáveis na concessão de um benefício.

No que tange a carência de recursos disponíveis, tal dificuldade não

---

<sup>63</sup> SARLET, op.cit.,p. 373

<sup>64</sup> Ibidem, p. 370

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 377

<sup>66</sup> SARLET, op.cit., p. 375

pode vir a servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais, isto é, a teoria da “reserva do possível” há de ser encarada com reservas<sup>67</sup>, vez que na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial, também resta envolvida na obrigação dos poderes públicos maximizarem os recursos, explorando alternativas que minimizem seus impactos, ao menos no que diz respeito as prestações básicas apontadas pelo critério do mínimo existencial.<sup>68</sup>

O que vem acontecendo hodiernamente é o uso indiscriminado da reserva do possível como argumento impeditivo da intervenção judicial, servindo por vezes, como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais prestacionais, cabendo, nessa linha, ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, bem como a eficiente aplicação dos mesmos.

A respeito da reserva do possível, leciona Eros Grau:

“[...] não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivaleria, na prática- como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”<sup>69</sup>.

Por óbvio, não há como ignorar a escassez de recursos, o que se quer, a princípio, é relativizar sua incidência no campo do mínimo existencial, além de abalizar a necessidade de priorização das destinações orçamentárias, visto que, a otimização dos direitos fundamentais perpassam por uma boa, proba, eficiente e moralmente vinculada, administração.<sup>70</sup>

Em dada conjuntura, assume grande valor o princípio da proporcionalidade que deverá ser entendido em sua dupla dimensão, qual seja,

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 378

<sup>68</sup> Ibidem, p. 379

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 381 citando E.R.Graus “Realismo e Utopia Constitucional”, in F.L.X Rocha; F.Moraes (Coord), *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.125.

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 382



proibição de excesso e de insuficiência. Atuando como fundamento de controle dos atos do poder público, e órgãos jurisdicionais, todos igualmente vinculados ao dever de efetivação e proteção dos direitos fundamentais.<sup>71</sup>

Há que se ressaltar ainda, a importância do princípio da subsidiariedade, onde em sua dimensão negativa o Estado deve observar as peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si, as competências daquelas; por outro lado, sua dimensão positiva atribui ao indivíduo um dever de zelar pelo seu próprio sustento. Ou seja, surge dessa forma, no âmbito da distribuição dos encargos para efetivação de padrões mínimos de justiça social, uma coresponsabilidade entre Estado e sociedade.<sup>72</sup>

Quanto à atuação do Poder Judiciário, deve-se existir uma consciência, por parte dos seus órgãos, de que “não apenas podem, como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais”<sup>73</sup>, e para isso, deverão atuar com prudência e responsabilidade, na concessão, ou não, de um direito subjetivo a prestações sociais. Não havendo que se falar em violação do princípio democrático e da separação dos poderes, já que também no controle judicial das opções orçamentárias, e da legislação relativa aos gastos públicos em geral, poderá se minimizar os efeitos da reserva do possível, além disso, dificultar uma intervenção judicial, nesse plano, acaba por privilegiar uma legislação infraconstitucional orçamentaria, em prejuízo de imposições constitucionais.<sup>74</sup>

Por fim, ainda que os direitos fundamentais, mais especificamente o direito à saúde, constituam-se em um postulado de “deve ser”, e que com isso, possuam uma “dimensão utópica”<sup>75</sup>, e que, embora o fator custo seja relevante, aos direitos sociais impõe-se uma busca do meio termo e da justiça medida.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> SARLET, op.cit., p. 379

<sup>72</sup> Ibidem, p. 381

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 377

<sup>74</sup> SARLET, op.cit., p. 380

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 383 citando A.E.Pérez Luño, “Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad”, in *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, p.15

<sup>76</sup> Ibidem, p.390

Por último, o que se quer enfatizar, é que, principalmente em relação ao direito à saúde, o reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações materiais, diretamente deduzido da Constituição, é uma exigência de qualquer Estado que inclua em seus valores essenciais a humanidade e a justiça.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Ibidem, p. 346

## 2. DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO

O processo de redemocratização vivido no país, após a promulgação da Constituição Federal de 88, conduziu os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, ao nível de direitos subjetivos que comportam tutela judicial específica.

Desta feita, o cenário desenhando nos levou a uma crescente judicialização de questões sociais, isto é, existe hoje, uma continua transferência de poder aos juízes e tribunais, que passaram a decidir sobre questões políticas e sociais, as quais, precipuamente, deveriam ser resolvidas em outras instâncias tradicionais, como o Legislativo e Executivo.

Isto posto, o que se vê atualmente, no que diz respeito ao direito à saúde, é um desarranjo político e jurídico<sup>78</sup> onde o judiciário, ao fundamentar suas decisões com base no art. 196 da CF como um “direito de todos e dever do Estado”, na prática nega o próprio conteúdo normativo, onde mais a frente se lê” garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas”, ou seja, ocasiona um efeito sistêmico diametralmente oposto à vontade da norma, ao tempo em que o judiciário passa a protagonizar no processo decisório atinente aos critérios que devem ser adotados visando “à redução dos riscos de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”<sup>79</sup>.

Com isso, o presente capítulo empenha-se em averiguar as questões acima aludidas, lançando, no primeiro momento, um olhar sobre a nossa política de saúde, seu processo de construção e suas bases principiológicas, percebendo como o Estado, mediante o Sistema Único de Saúde vem tentando concretizar a promessa de universalização, em seguida, o estudo girará em torno da questão específica do fenômeno da judicialização da política, as condições para seu surgimento e o crescente protagonismo judicial nas questões políticas e sociais.

---

<sup>78</sup> CIARLINI, Avaro Luis de Araujo. Direito à Saúde e Respeito à Constituição. In: Gestão Pública e Relação Pública Privado na Saúde. Coleção Pensar em Saúde. Vol.1. Rio de Janeiro: CEBES, 2011, p.89.

<sup>79</sup> CIARLINI, op.cit.,p.88-89

## 2.1 Considerações Sobre o Direito à Saúde no Brasil

### 2.1.1 Caminhos do Direito à Saúde

O período ditatorial criou um cenário de repressão política e supressão dos direitos civis que, com o aumento da concentração de renda nas mãos de minorias, arrastou o país a profundas desigualdades sociais, tal ambiente propiciou a organização de atores em torno de um novo projeto social, com bases democráticas, para o país.<sup>80</sup>

A saúde não era considerada um direito, mas sim, um benefício da previdência social, como, por exemplo, a aposentadoria, a licença-maternidade, o auxílio-doença, deste modo, a política de saúde era de caráter nacional e dividido em dois subsetores, saúde pública e medicina previdenciária, que tinham como objetivo oferecer a manutenção e recuperação da força de trabalho, seguindo a lógica de reprodução social do capital.<sup>81</sup>

O painel desenhado favoreceu o surgimento de movimentos populares urbanos, sendo o tema saúde uma das reivindicações mais importantes, decorrente da crise vivida pelo setor, explicável por vários problemas: “explosão urbana, deficiência estrutural nos serviços de saúde existentes, ausência de saneamento básico, desnutrição infantil, acidentes de trabalho, surtos e epidemias de doenças transmissíveis, principalmente nas áreas periféricas urbanas”<sup>82</sup>.

Ate da criação do SUS a assistência médica era de responsabilidade do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), com isso a população era dividida em três grupos: aqueles que podiam usar o sistema de saúde pública, por serem contribuintes assegurados, aqueles que podiam pagar por um plano privado, e por último, a maioria da população, que não possuíam esses

---

<sup>80</sup> GOHN, Maria da Gloria. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. Edições Loyola. São Paulo 1997.p.281.

<sup>81</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007. Disponível em <bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caminhos\_direito\_saude\_brasil.pdf> acesso em 04jan.2014

<sup>82</sup> ROCHA, A.A; CESAR, C.L.G Saúde Pública: Bases Conceituais. Ed. 1. São Paulo: Atheneus 2008. p,106

benefícios. Esse modelo de política pública que não respondia aos problemas de saúde da sociedade resultou em diversas epidemias e péssimos indicadores da área.

Na década de 80, com o início do processo de abertura política, redemocratização do país, e o aumento de demandas dos movimentos sociais, culminou na criação de uma proposta harmônica com base nos princípios já dispostos pela OMS, qual sejam, atenção médica à baixo custo para populações carentes.<sup>83</sup>

A mesma época, o movimento pela reforma sanitária, composto pelos partidos políticos de oposição, profissionais de saúde e movimentos sociais urbanos, buscava a elaboração de uma política de saúde de caráter universal, com um conceito ampliado de saúde capaz de expressar a própria cidadania e contava o Centro Brasileiro de Estudo da Saúde (CEBES),<sup>84</sup> como veículo de difusão.

“Esse conjunto de ideias de transformação na política de saúde inspirava-se no processo de reforma sanitária italiana. Definia como prioridade a melhoria das condições de vida da população brasileira, melhoria essa ligada à democratização do Estado Brasileiro, em termos de normalidade jurídica (Estado de Direito) e provedor de cidadania, pela defesa e promoção de direitos individuais, políticos e sociais.”<sup>85</sup>

A pauta de reivindicações do Movimento Sanitário incluía a elaboração de novos critérios que elevassem o padrão do cuidado e da atenção à saúde. Tais exigências foram fruto de reclamações da população, e da atuação de seus integrantes em projetos como o MOC- Projeto Montes Claros; PIASS- Programa de Interiorização das Ações de Saúde; e PLUS- Plano de localização de Unidade de Serviços; que ajudaram no acúmulo de experiências na gestão comprovando a viabilidade de suas propostas<sup>86</sup>.

Um marco fundamental na orientação adotada pela atual

---

<sup>83</sup> ROCHA, A.A; CESAR, C.L.G Saúde Pública: Bases Conceituais. Ed. 1. São Paulo: Atheneus 2008. p,108

<sup>84</sup> ROCHA, op.cit.,p,108

<sup>85</sup> Ibidem, p,108

<sup>86</sup> SCOREL, Sarah. Reviravolta na Saúde: *origem e articulação do movimento sanitário*. Editora Fiocruz, 1999. p 176

Constituição, no que se refere ao direito à saúde, foi a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, em Brasília com a temática “A saúde como direito inerente a personalidade e à cidadania; Reformulação do Sistema Nacional de Saúde; e Financiamento Setorial”.

Contando com quase 10 mil participantes, na proporção de 50% de representação da sociedade civil, as sementes do SUS foram lançadas, e suas recomendações, ratificadas no documento, “Saúde e Democracia”, no qual foram apresentados e defendidos os princípios que deveriam nortear a nova política<sup>87</sup>.

“A conferência foi norteadada pelo princípio da “saúde como direito de todo e dever do Estado” Suas principais resoluções foram confirmadas pela Constituição Federal, promulgada em 1988. Essa vitória foi fruto de intensa mobilização popular, que resultou na Emenda Popular da Saúde, subscrita por mais de 500 mil cidadãos brasileiros.”<sup>88</sup>.

Suas recomendações fizeram parte do relatório final que veio a servir como base para a construção do texto constitucional sobre Saúde, sendo assim, o SUS, nada mais é do que o fruto de uma conquista popular em permanente processo de construção e aperfeiçoamento.

“Essa característica o configura como um sistema contra hegemônico, avesso a uma visão mercantil, excludente, centrada na recuperação do dano e afinada com o ideário neoliberal de esvaziamento dos compromissos sociais do Estado”.<sup>89</sup>

A questão da Saúde passou então a se referir à sociedade como um todo, propondo-se, não apenas um Sistema Único, mas uma Reforma Sanitária baseada em uma nova concepção de saúde, afinada com a qualidade de vida. Diante disso, a promulgação da constituição em 1988 representou a promessa de afirmação dos direitos sociais em nosso país.

---

<sup>87</sup> ROCHA, A.A; CESAR, C.L.G Saúde Pública: Bases Conceituais. Ed. 1. São Paulo: Atheneus 2008. p,108

<sup>88</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007.

<sup>89</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007. p 9

A nova Constituição trouxe ainda um conceito de saúde ampliado, entendido como um direito universal, implicando ações do Estado para promoção, proteção e recuperação da saúde, com acesso universal e igualitário a todos, estando ligada diretamente, a qualidade de vida,<sup>90</sup> isto é, para se ter saúde, é preciso ter acesso a um conjunto de fatores, como alimentação, moradia, emprego, lazer, educação etc.

O direito à saúde passou então a integrar o Sistema de Seguridade Social, ao lado da previdência e assistência social, e a consagração de direitos na Constituição redefiniu os desafios, que passaram a centrar-se na exigência pela regulamentação dos referidos direitos, bem como na implantação de políticas públicas que os tornassem efetivos.

### *2.1.2 Conhecendo o Sistema Único de Saúde – SUS*

O Sistema Único de Saúde- SUS- criado pela Constituição de 1988, e regulamentado pelas Leis n.º 8.080/90 e n.º 8.142/90, também conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde, é considerado a política de maior inclusão social implantada no Brasil, e representa, em termos constitucionais, uma afirmação política do compromisso do Estado brasileiro para com seus cidadãos.<sup>91</sup>

O SUS faz parte das ações definidas na Constituição como sendo de “relevância pública”, ou seja, é atribuído ao poder público a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e dos serviços de saúde, independente de execução direta.

Essa nova formulação política e organizacional dos serviços e ações em saúde está alicerçada em princípios, que podem ser divididos em ético-políticos e organizativos<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007.p 9

<sup>91</sup> Para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2011. Disponível em: < [http://www.conass.org.br/colecao2011/livro\\_5.pdf](http://www.conass.org.br/colecao2011/livro_5.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

<sup>92</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007.p 9

Estão entre os princípios ético-políticos, a universalidade, a integralidade, a equidade e a participação social, todos apoiados em preceitos constitucionais, assinalados nas normas contidas nos artigos 196 e 198 da Constituição Federal que assim dispõem:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I. Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III. Participação da comunidade.

Parágrafo único – O Sistema Único de Saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.<sup>93</sup>

O princípio da universalidade, consagrado no art. 196 da CF, diz respeito à garantia de acesso aos serviços de saúde, por toda a população, e em todos os níveis de assistência<sup>94</sup>; o princípio da integralidade de atenção parte da premissa de que “o homem é um ser integral, bio-psico-social”<sup>95</sup> e que assim o sendo deverá ser atendido com visão integral, e por um sistema de saúde também integral, voltado a promover, proteger e recuperar sua saúde; tem-se ainda, o princípio da equidade, que implica em tratar desigualmente os desiguais, ou seja, a rede de serviços deve ser estruturada de acordo com às necessidades reais da população a ser atendida, promovendo igualdade realizando justiça social<sup>96</sup>; o art.

---

<sup>93</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>94</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007.p 9

<sup>95</sup> DE SOUZA, Emiliana Aparecida; GOMES, Eliseudo Salvino. A VISÃO DE HOMEM EM FRANKL. Revista Logos & Existência: Revista da Associação Brasileira de Logoterapia e Análise Existencial, v. 1, n. 1, 2012.p 50.

<sup>96</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. ABC do SUS. Doutrinas e Princípios. Disponível em< [www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)> acesso em 7jul.2014



198 inciso III CF, reconhece o princípio da participação social que estabelece o direito da população em participar das instâncias de gestão do SUS, por meio da gestão participativa e dos conselhos de saúde, isso implica em dizer que, existe uma corresponsabilidade entre Estado e sociedade na produção, formulação e execução da política de saúde.<sup>97</sup>

Além dos princípios ético-políticos ou doutrinários, existem ainda, como formas de concretização do sistema único de saúde, algumas diretrizes ou princípios organizativos que orientam todo o seu processo de funcionamento, dentre eles estão a intersetorialidade, a descentralização político-administrativa, a hierarquização, a regionalização, e a transversalidade.

Consoante o *caput* do art.198 CF, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, isto é, os serviços devem ser organizados em níveis crescentes de complexidade – básica, média e alta-oferecidos por regiões de saúde, que são determinadas áreas planejadas a partir de critérios epidemiológicos. Quanto à hierarquização, infere-se que além de proceder a divisão de níveis de atenção, deve-se garantir formas de acesso a serviços que componham toda a complexidade requerida para o caso.<sup>98</sup>

O SUS se organiza de forma descentralizada, sendo assim, o poder e a responsabilidade pela saúde são divididos entre os três níveis de governo (Federal, Estadual e Municipal). O objetivo dessa forma de gestão descentralizada ou municipalizada é garantir qualidade nos serviços e maior fiscalização pela sociedade, vez que quanto mais próxima à decisão, maiores as chances de sucesso.

Esta descentralização política- administrativa prevê um comando único, onde cada esfera de governo é autônoma nas suas decisões, assim a autoridade sanitária federal é de competência da União e exercida pelo ministro da saúde, nos estados pelos secretários estaduais, e nos municípios, pelos secretários

---

<sup>97</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007.p 9

<sup>98</sup> O Sistema único de saúde. Princípios Doutrinários e organizativos. Disponível em <<http://sejarealista.files.wordpress.com/2009/12/4-principios-do-sus-06.pdf>> acesso em 17SET 01:02

municipais.<sup>99</sup>

Nesse sentido a lei n. 8.080/90 determina:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:  
I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;  
II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e  
III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.<sup>100</sup>

Ainda em relação aos princípios organizativos, também devem ser considerados o princípios da intersectorialidade e a transversalidade. O primeiro refere-se ao comprometimento dos diversos setores do Estado com a produção da saúde e do bem-estar da população; e o segundo diz respeito à necessidade de coerência, complementaridade e reforço recíproco entre órgãos, políticas, programas e ações de saúde.<sup>101</sup>

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:  
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;  
II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;  
III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;  
IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;  
V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;  
VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de

---

<sup>99</sup> O Sistema único de saúde. Princípios Doutrinários e organizativos. Disponível em <<http://sejarealista.files.wordpress.com/2009/12/4-principios-do-sus-06.pdf>> acesso em 17SET 01:02

<sup>100</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes> Acesso em: 13 set. 2014

<sup>101</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007.p 9

saúde e a sua utilização pelo usuário;  
 VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;  
 VIII - participação da comunidade;  
 IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:  
 a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;  
 b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;  
 X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;  
 XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;  
 XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e  
 XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.<sup>102</sup>

Todos esses princípios são frutos de um alongado e profundo processo de transformações e debates sociais, que buscam melhores condições de saúde e assistência à população.

No campo infraconstitucional o SUS é regulamentado pela Lei 8.080/90 que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes<sup>103</sup>”, além de definir a organização e gestão do SUS, as atribuições de cada uma das esferas de governo, o funcionamento da relação do poder público com a participação complementar das entidades privadas na assistência à saúde, as responsabilidades nas áreas de vigilância, epidemiologia e saúde do trabalhador, e a normatização da gestão dos recursos financeiros<sup>104</sup>.

Contando com apenas sete artigos a Lei 8.142/90 “dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre

---

<sup>102</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes> Acesso em: 13 set. 2014

<sup>103</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes> Acesso em: 13 set. 2014

<sup>104</sup> Para entender a gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2011. Disponível em: <[http://www.conass.org.br/colecao2011/livro\\_5.pdf](http://www.conass.org.br/colecao2011/livro_5.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde”<sup>105</sup>, institui ainda as Conferências e os Conselhos de Saúde em cada esfera de governo.

Vale destaque o disposto em seu primeiro artigo e parágrafos:

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

§ 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde.

§ 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

§ 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.<sup>106</sup>

Além dos princípios fundamentais do SUS, e as regras instituídas em suas leis orgânicas, vale lembrar que outros instrumentos têm sido utilizados em sua execução, dentre eles, as Normas Operacionais Básicas (NOB) do Sistema Único de Saúde, publicadas pelo Ministério da Saúde, sob a forma de portaria.

Por fim, sem pretensão de descer às minúcias quanto à operacionalização da nossa política de saúde, as considerações aqui aludidas

---

<sup>105</sup> BRASIL. Lei nº 8.142, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes>> Acesso em: 17 set.

<sup>106</sup> BRASIL. Lei nº 8.142, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes>> Acesso em: 17 set.2014

servirão como âncora de reflexão ao problema da judicialização da saúde, vez que o raciocínio perpassa pela compreensão de SUS e seu desafio de ser único.

### 2.1.3 O Financiamento Público da Saúde

A realização dos princípios e diretrizes do SUS é empreitada diária dos gestores de saúde nos três níveis de governo, e sua efetivação enfrenta desafios nas áreas do financiamento, no modelo de instituição e de atenção à saúde, na gestão do trabalho e também na participação social<sup>107</sup>.

O modelo de cobertura universal adotado no Brasil implica, em outras palavras, no desafio de implantar um sistema de saúde capaz de garantir atendimento a toda população, em todos os níveis de complexidade, em um país cujo território possui 8,5 milhões de quilômetros quadrados, e uma população aferida em 203 milhões de habitantes.<sup>108</sup>

É impraticável conceber um empreendimento sem um financiamento suficiente que o leve a cabo. Assim também ocorre na implantação de políticas públicas, posto que, sem recursos financeiros, não se garantem instalações adequadas, materiais para execução do trabalho, garantia de serviços e profissionais qualificados.

“Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS, a forma como os sistemas de saúde são financiados determina se as pessoas podem obter atenção à saúde e se enfrentam dificuldades financeiras como resultado da obtenção deste cuidado e, assim, o desenho e a implementação de um adequado sistema de financiamento são essenciais na busca de cobertura universal”<sup>109</sup>

A ação de saúde é cara e de complexa mensuração de resultados, e

---

<sup>107</sup> Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2007. Coleção Progestores. Para entender o SUS, v1. Disponível em : <vsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colecao\_progestores\_livro1.pdf> acesso em 17 set.2014

<sup>108</sup> Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. Disponível em < <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>> acesso em 20 set 2014.

<sup>109</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Financiamento da assistência farmacêutica no sistema único de saúde. **Saude soc.**, São Paulo , v. 22, n. 1, Mar. 2013 .

no que tange ao seu financiamento assim dispõe a Constituição Federal “o Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes” (art. 198, caput e §1º da CF)<sup>110</sup>. Portanto os investimentos e o custeio do SUS são feitos com recursos das três esferas de governo (federal, estadual e municipal).

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.<sup>111</sup>

Os recursos federais para investimento no SUS decorrem do orçamento da Seguridade Social, acrescido de outros recursos da União expressos na lei de diretrizes orçamentárias (LDO).<sup>112</sup>. Enquanto não aprovada a LDO, trinta por cento (30%), no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, será destinado à saúde.

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro desemprego, serão destinados ao setor de saúde.<sup>113</sup>

Esses recursos são geridos pelo Ministério da Saúde e divididos em duas partes: uma fica retida para investimento e custeio das ações federais; e a outra é repassada às secretarias estaduais e municipais de saúde, em conformidade com critérios criados em função da população e da necessidade de saúde e rede

---

<sup>110</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014

<sup>111</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes> Acesso em: 17 set. 2014

<sup>112</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. ABC do SUS. Doutrinas e Princípios. Disponível em: [www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf) acesso em 7jul.2014

<sup>113</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília: Senado Federal, 2014

assistencial.<sup>114</sup>.

Em relação a Estados e Municípios, a EC nº 29 estabeleceu regras quanto à participação mínima desses entes no financiamento das ações e serviços públicos de saúde, prevendo a edição de lei complementar para revisar tais percentuais, e estabelecer critérios para divisão e controle dos recursos.<sup>115</sup>

Art. 198. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)<sup>116</sup>

Assim, os recursos estaduais para saúde são compostos por repasses federais, enviados pelo Ministério da Saúde, somados aos recursos já alocados de suas receitas estaduais, conforme percentuais previstos (12% para

---

<sup>114</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. ABC do SUS. Doutrinas e Princípios. Disponível em <[www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)> acesso em 7jul.2014

<sup>115</sup> Financiamento da saúde: Brasil e outros países com cobertura universal. Nota Técnica nº 12, 2013 CONOF/CD. Disponível em <procurar> acesso 20 set 2014.

<sup>116</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014

Estados e 15% para Municípios)<sup>117</sup>. Dessa soma, uma parte fica retida para ações e serviços estaduais e a outra é repassada aos municípios de acordo com critério predeterminados.<sup>118</sup>

Por fim, caberá ao município gerir, através da sua Secretaria Municipal de Saúde, os recursos federais repassados a ele e os seus próprios recursos alocados pelo governo municipal para o investimento e custeio das ações de saúde de âmbito municipal.

Importante ressaltar que cada esfera de governo administra seus recursos de saúde através de uma conta especial, chamada de fundo de saúde, cuja função é assegurar que tais recursos sejam geridos pelo setor saúde, assim, os repasses são feitos diretamente do fundo nacional de saúde fundo para os fundos municipais e estaduais de saúde.

Art. 33: “Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.”<sup>119</sup>

Em decorrência do modelo de cobertura adotado no Brasil, o financiamento da saúde pública apresenta vários desafios, dentre eles, a insuficiência de recursos para construção de um sistema universal, e a má qualidade do gasto em saúde.<sup>120</sup>

Indiscutivelmente o grande entrave na implantação do SUS é o seu financiamento. Concretizar o direito universal à saúde requer dispêndio orçamentário expressivo, porém apenas o dinheiro não garante eficiência e eficácia no atendimento aos serviços de saúde, nem tão pouco, melhora o relacionamento

---

<sup>117</sup> 77, §1º, BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília: Senado Federal, 2014

<sup>118</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. ABC do SUS. Doutrinas e Princípios. Disponível em< [www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)> acesso em 7jul.2014

<sup>119</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes> Acesso em: 13 set. 2014

<sup>120</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. ABC do SUS. Doutrinas e Princípios. Disponível em< [www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)> acesso em 7jul.2014



médico paciente, o compromisso dos profissionais de saúde com o ser humano e com o cuidado integral.

Considerando que atualmente, o setor público ainda apresenta uma baixa participação no financiamento total da saúde (45,7% em 2011)<sup>121</sup>, resta clara a necessidade de aumento de recursos voltados para a concretização do projeto constitucional de universalidade.

Para, além disso, é importante criarmos uma consciência individual de cidadania que se reflita no ambiente coletivo, e que consequentemente, exista uma clareza de que a coisa pública é um bem comum do povo, e que por isso deve ser mais bem administrada e fiscalizada.

## 2.2 Judicialização e Protagonismo Judicial

### 2.2.1 Condições de Existência da Judicialização

*Judicializar* significa *tratar judicialmente*, chegar a um julgamento ou decisão. Segundo Barroso “*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”<sup>122</sup>

Judicialização da Política diz respeito à expansão da atividade judicial na vida política e social, onde os conflitos se resolvem, cada vez mais, nos tribunais, isto é, pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes, como o aumento dos métodos judiciais de

---

<sup>121</sup> Segundo estudo realizado pelo Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (CONOF/CD), disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasileOutrosPasesV.Prel..pdf>> acesso 22SET2014.

<sup>122</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In **Revista da OAB** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 SET 2014

tomada de decisões para além dos tribunais (Vallinder, 1995, p. 13) <sup>123</sup>.

“a judicialização da política tem um significado bem mais específico e concreto, representando, normalmente: (1) a expansão do poder dos juízes e a consequente transferência do poder de criação normativa, característico do Legislativo, para o Judiciário; e (2) a criação de métodos e técnicas decisórias fora daquilo que habitualmente tem sido utilizado” <sup>124</sup>.

Ainda nesse sentido:

“a política é judicializado no momento em que passa a se valer de métodos tipicamente jurídicos na solução de suas demandas de cunho político, o que se mostra possível em duas situações distintas. A primeira delas verifica-se a partir da possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas na órbita dos poderes executivo e legislativo (...) A segunda decorre da adoção de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito do poder executivo e legislativo” <sup>125</sup>

Luis Roberto Barroso <sup>126</sup> sistematiza alguns fatores que contribuíram para o surgimento da crescente judicialização, dentre eles:

*O processo de redemocratização* do país com a promulgação da Constituição de 88; o aumento no número de Defensorias Públicas e expansão institucional no Ministério Público como fiscal da Lei; maior nível de informação quanto aos direitos, que levou amplos segmentos da população a buscarem a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

---

<sup>123</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, jun. 2012. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 29 set. 2014.

<sup>124</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012 <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. access on 30 Sept. 2014.

<sup>125</sup> CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008

<sup>126</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In Revista da OAB Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 SET 2014

Salienta-se que a Constituição Cidadã de 88 assegurou diversos direitos sociais que deviam ser promovidos pelo poder executivo com a implantação de novas políticas públicas. Contudo, as contingências orçamentárias, e as condições políticas e sociais do país, embaraçaram a plena eficácia de tais direitos. Assim, os cidadãos recorreram aos tribunais para buscar efetividade dos direitos, como por exemplo, no caso do direito à saúde, onde existe um foco normativo (art. 196 e 198 CF) que potencializa a judicialização.

*Constitucionalização abrangente*, quer dizer que quanto à extensão nossa Constituição é classificada como analítica, isto é, examina e regulamenta todos os assuntos que entenda relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado, tratando de diversas matérias que antes eram tratadas por outros poderes, com isso houve uma transformação da política em direito, e conseqüentemente, ao se colocar uma matéria na constituição, nasce em potencial, uma pretensão jurídica, sob forma de ação judicial.

Aqui cabe importante reflexão: Por que tudo esta sendo judicializado? Segundo estudos de Luis Werneck Viana, podemos constatar que o Direito tem invadido todas as relações, até mesmo aquelas de natureza tipicamente privadas, como o ambiente familiar, consoante a isso, o judiciário acaba tendo que intervir.

“(...) mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos -, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais”<sup>127</sup>

*Sistema de controle de constitucionalidade*, nosso modelo de controle é híbrido, ou seja, temos um controle difuso realizado pelo juiz ou tribunal, que poderá deixar de aplicar uma lei, caso entenda pela sua inconstitucionalidade, e

---

<sup>127</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização das relações sociais, In WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 149.

o controle concentrado, realizado precipuamente pelo Supremo Tribunal de Federal, permitindo que determinadas matérias sejam levadas à sua apreciação, nesse ponto, permite-se que quase qualquer assunto de relevância política e social chegue a Suprema Corte.

Em tal aspecto cabe acrescentar a visão de N.Tate e T. Vallinder para os quais, essa crescente intervenção do judiciário na democracia possui origem histórica na continuidade dos Estados Unidos da América como potência mundial após a Segunda Guerra, que acabou por difundir o sistema norte-americano de *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade das leis) <sup>128</sup>.

É importante constatar que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil influenciou diretamente a judicialização da política, vez que, ao fiscalizar a adequação de uma norma à constituição o judiciário acaba por adentrar na análise de uma escolha formulada pela maioria parlamentar, uma das bases do Estado Democrático.

Ainda nesse sentido, a obra “A judicialização da Política e das Relações sociais no Brasil” do autor Luis.W.Vianna, fez um estudo sobre as ADIns propostas no país, onde se verificou que o Estado é o maior usuário do judiciário, por ser aquele que mais figura como parte nos processos, e que 63% de suas ações versam sobre administração pública.<sup>129</sup> Com isso pode-se inferir que o processo de judicialização da política no Brasil tem como uma de suas bases o mau funcionamento dos outro poderes, comprovado pelo alto numero de ADIns propostas.<sup>130</sup>

Diante do exposto, percebe-se que a judicialização da política nos remete diretamente a *judicialização das relações sociais* onde a “incapacidade de o Executivo e o Legislativo de fornecerem respostas efetivas à explosão das

---

<sup>128</sup> FERNANDES, João Marcelo Negreiros. A ascensão do Poder Judiciário no Brasil democrático. Algumas considerações sobre a judicialização da política. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3364, 16 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22620>>. Acesso em: 29 set. 2014.

<sup>129</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil, In WERNECK VIANNA, Luiz et alii, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 50.

<sup>130</sup> WERNECK VIANNA, op.cit.,p. 52.

demandas sociais por justiça<sup>131</sup>”, transformou o judiciário em “muro das lamentações”.

“A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.”<sup>132</sup>

A judicialização não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica do judiciário, este apenas limita-se a cumprir o papel que lhe foi instituído pela nossa Carta Magna<sup>133</sup>, a qual resulta de uma decisão política que emprestou autoridade ao judiciário a fim de dirimir conflitos, portanto, sem que houvesse uma vontade política em delegar tais funções ao juiz, o ativismo judiciário se encontraria privado de fundamento institucional.<sup>134</sup>

### 2.2.2 *Ativismo Judicial e Democracia*

Atualmente uma das expressões mais presentes, nos debates sobre a atuação do poder judiciário, diz respeito ao chamado "ativismo judicial". A expressão está ligada a uma atuação maior e mais intensa do Judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo com maior frequência no espaço de atuação dos outros poderes.

---

<sup>131</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização das relações sociais, In WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 149.

<sup>132</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-0702007000200002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-0702007000200002&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 29 set. 2014.

<sup>133</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In Revista da OAB Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 SET 2014

<sup>134</sup> BARROSO, op.cit., p 2

“(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”<sup>135</sup>

Para BARROSO “a judicialização e o ativismo judicial são primos, vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”.<sup>136</sup>

Enquanto a judicialização, no cenário brasileiro, resulta do modelo constitucional que se adotou, não sendo assim uma forma de exercício deliberado de vontade política, o ativismo caracteriza-se por ser um comportamento ou atitude proativa do julgador no momento da interpretação do texto constitucional ampliando seu sentido e alcance.

No Brasil, o tema relativo ao ativismo judicial só ganhou forma com a promulgação da Constituição de 1988, desde então a postura mais ativista do Judiciário vem sendo percebida de modo progressivo, decorrente de alguns fatores catalisadores, como por exemplo, o modelo de Estado Democrático Social, a expansão do controle abstrato de normas, e a mudança ideológica no STF<sup>137</sup>.

Nosso sistema democrático está estruturado no modelo de *welfare state* (bem-estar social) onde a Constituição previu uma gama generosa de direitos sociais, sendo em boa parte, baseados em prestações estatais. Aqui o judiciário é empurrado a atuar na promoção e garantia dos direitos constitucionais.

“O Supremo virou o centro das atenções. A população começou a atribuir-lhe uma função que a Constituição Federal não lhe deu, o de

---

<sup>135</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In Revista da OAB Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 SET 2014

<sup>136</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In Revista da OAB Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 SET 2014

<sup>137</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 268.

Poder que representa o povo. Ali, pensavam muitos, se atendia a população fazendo justiça”<sup>138</sup>

Quanto à expansão do controle abstrato de normas, isto é, a possibilidade de apreciação de determinadas matérias pelo STF, como já visto, possibilitou o surgimento da judicialização da política e, no que se refere ao ativismo, a situação se reafirma, vez que, com o aumento do controle abstrato torna-se possível uma atuação judicial similar à atividade legislativa, onde o julgador possui certa margem de criatividade interpretativa.<sup>139</sup>

“A ampliação desse controle e do rol de legitimados para proposição de ADIns aumenta também a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que encontram na legislação o seu meio natural de implementação. Um debate (sobre a constitucionalidade das leis), que antes de 1965 ficava primordialmente concentrado no meio político, hoje concentra-se cada vez mais nas instâncias judiciais ordinárias, que estão em condições de exercer o controle difuso, mas também concentra-se, derradeiramente, naquilo que é decidido no juízo abstrato do Supremo Tribunal Federal”<sup>140</sup>

O fator da mudança ideológica diz respeito a posse de novos atores no poder judiciário, dentre eles, os ministros do STF nomeados após a promulgação da Constituição Cidadã. Nesse contexto, o ativismo se veste como um movimento “reacionário à necessidade de proteção aos direitos fundamentais”<sup>141</sup>, ou seja, o tribunal impulsionado, pelo próprio texto Constitucional, adota uma postura de maior liberdade no momento da interpretação do texto legislativo preenchendo lacunas e omissões deste.

Desta feita, a postura ativista é demonstrada através de condutas que incluem:

---

<sup>138</sup> LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. Pág. 159

<sup>139</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 277

<sup>140</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012 <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. access on 30 Sept. 2014.

<sup>141</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. (org.) *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. P 167

“(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”<sup>142</sup>

É importante destacar que na contramão do ativismo existe uma posição chamada de auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, restringindo o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.<sup>143</sup>

“Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.”<sup>144</sup>

Assim sendo, se por um lado, o aumento da judicialização das relações sociais é decorrente do aumento de questões políticas que estão sendo discutidas no âmbito dos tribunais, por outro lado, há também uma crescente demanda social que se direciona ao Judiciário buscando a resolução de seus conflitos<sup>145</sup>. Consequentemente, a expansão e difusão do poder judicial são “causas e efeito de um crescente ativismo, o qual tem origem na progressiva mobilização política das sociedades ocidentais”<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In Revista da OAB Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 SET 2014

<sup>143</sup> BARROSO, op.cit.,

<sup>144</sup> Ibidem.

<sup>145</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012 <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. access on 30 Sept. 2014.

<sup>146</sup> CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese



Diante dessa criatividade jurisdicional suscita-se uma breve análise sobre a compatibilidade desse ativismo judicial com o constitucionalismo democrático, ou seja, se tal ativismo teria o condão de afrontar a manutenção de um sistema democrático liberal que, segundo o senso comum reinante, estaria fundamentado no princípio da separação dos poderes.<sup>147</sup>

Nossa democracia esta fundamentada na ideia de separação dos poderes, atribuída a Montesquieu, porém, tal teoria não representa justificativa para a afirmação da existência de poderes independentes e isolados, mas sim, afirma uma divisão equilibrada entre os poderes estatais combinando potências.<sup>148</sup>

Segundo o trabalho de CAPPELLETTI, em sua obra “Juízes Legisladores?”, onde o autor aborda a questão da criatividade da atividade jurisdicional, existe um necessário ativismo judicial “indispensável à atividade interpretativa de preceitos normativos, em virtude do caráter vago, fluido e programático das normas jurídicas”<sup>149</sup>, para além disso, o autor ainda afirma que o nível de criatividade dos juízes é balizado por complexas situações como tempo e lugar, necessidades sociais, organização das instituições, bem como do tipo de magistratura.

Contudo, esse ativismo não pode ser confundido com atividade legislativa ou executiva por ser o trabalho jurisdicional condicionado à iniciativa do autor que leva sua pretensão ao tribunal.

“De fato é requisito indispensável para a existência de um regime democrático o respeito aos direitos fundamentais, devendo o Poder Judiciário ser estruturado para cumprir a função de garantir a soberania do povo, dirigida à realização desses direitos”<sup>150</sup>

Ademais, segundo doutrina de Herbert HART, nos casos de

---

(Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008

<sup>147</sup> CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.p 94

<sup>148</sup> CIARLINI, op.cit.p 97

<sup>149</sup> Ibidem, p. 98

<sup>150</sup> Ibidem, p. 98

incompletude das regras de direito, estes devem ser resolvidos com recursos à *discrição judicial*. Entendendo essa discrição como um poder de escolha dentro de uma ordem normativa e diante dos limites impostos por estas normas. Com isso o juiz tem a possibilidade de criar o direito para o caso concreto existente, deixando de aplicar simplesmente o direito preestabelecido.<sup>151</sup>

Ressalta-se que não existe em nossa Constituição uma regra que demonstre a forma como deve se proceder a essas escolhas, acaba o juiz agindo, em certas ocasiões, como um legislador consciencioso ao efetuar suas escolhas. Tal agir, não descaracteriza e nem tampouco quebra a legitimidade do regime democrático.

“A discrição é orientada por uma linha de ação que abre o horizonte de possibilidades de adoção de certas condutas. O ativismo pode ser descrito, outrossim, como o animus que serve de motor para essa mesma ação, a qual se contrapõe à neutralidade, ao quietismo”<sup>152</sup>

Por fim, entende CAPPELLETTI que “a expansão do Poder Judiciário representa o necessário contrapeso em um sistema democrático de *checks and balances*, levando em consideração a paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno”<sup>153</sup>

### 2.2.3 Judicialização da Saúde no Brasil

Até aqui ficou assinalado que o direito à saúde é um direito fundamental previstos nos artigos 6º e 196 a 200 da CF, sendo subjetivo, e, portanto passível de pretensão judicial, para, além disso, constatamos que existe na Constituição a previsão de um Sistema Único de Saúde, fundamentado em princípios, voltado a realizar a efetivação desse direito em âmbito nacional.

---

<sup>151</sup> CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008 p 109

<sup>152</sup> CIARLINI, op.cit.,p 110

<sup>153</sup> FENANDES, João Marcelo Negreiros. A ascensão do Poder Judiciário no Brasil democrático. Algumas considerações sobre a judicialização da política. JusNavegandi, Teresina, ano 17, n. 3364 set 2012. Disponível em: [HTTP://jus.com.ber/artigos/22620](http://jus.com.ber/artigos/22620). Acesso em: 4 set.2014

Existe no Brasil um acervo de políticas públicas de saúde, como por exemplo, a de fornecimento de medicamentos, nesses casos, diante de uma demanda, o judiciário deverá verificar quais as razões que levaram a Administração pública a negativa de prestação, analisando se as políticas escolhidas atendem aos princípios do acesso universal e igualitário.

Direcionando o olhar ao plano da vivência, constata-se que as pretensões relacionadas ao direito à saúde estão, em sua maioria, relacionadas à entrega gratuita de medicamentos, aparelhos e vagas em hospitais.

No que tange aos medicamentos duas situações são recorrentes: ou há previsão de fornecimento do medicamento, mas devido a problemas de gestão o acesso foi interrompido; ou o SUS não fornece o medicamento prescrito, porém dispõe de um similar para tratamento da mesma patologia.

No primeiro caso o juiz normalmente efetivará o direito à saúde do cidadão sob o argumento de que este não poderá ser punido pela ineficiência ou omissão do gestor. Na segunda hipótese o judiciário deverá verificar qual a razão que impede o paciente de utilizar o medicamento escolhido pelo SUS, assim, usando da ponderação, poderá deferir o pedido desde que o custo não inviabilize o sistema de saúde como um todo.<sup>154</sup>.

Ainda na questão dos medicamentos outra situação é suscitada. Existe uma Lei Federal n. 6.360/76 que dispõe sobre Vigilância Sanitária, onde em seu art. 12 pode-se ler:

“Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”<sup>155</sup>

Ou seja, existem ações onde o cidadão demanda por medicamento ainda em fase experimental, e por tanto, não registrado pela ANVISA, e ações onde

---

<sup>154</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 651

<sup>155</sup> BRASIL. Lei Federal nº 6.360/76, 23 de setembro de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm)> acesso em 03 out 2014

o que se pretende é o deferimento de um medicamento que foi registrado pela ANVISA, porém não está previsto na lista do SUS.

Quanto aos casos de medicamentos experimentais entende-se que não há razoabilidade que decisões judiciais façam o custeio desse tratamento, considerado de eficácia duvidosa.

No que concerne aos medicamentos registrados pela ANVISA, mas não previsto na lista do SUS, a questão é mais delicada, e tem gerado um problema crescente à política pública de saúde, por se tratar, na maioria dos casos, de ações individuais. Nesse sentido, a ministra do STF, Ellen Gracie, em um caso específico defendeu que o Estado de Alagoas não poderia ser obrigado a fornecer o medicamento não constante de lista do SUS.<sup>156</sup>

“a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”.<sup>157</sup>

Diante desse quadro de judicialização da saúde que se coloca no Brasil, alguns estudos constataram que, geralmente, as pessoas que demandam ações judiciais por saúde, são aquelas que possuem boas condições socioeconômicas e amplo acesso à informações<sup>158</sup>, levando o sistema de saúde a uma contradição quanto aos seus princípios constitucionais, como o acesso igualitário.

Gilmar MENDES entende que “a judicialização da saúde deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais” e que “a cultura das pretensões coletivas seria um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional e à preservação da isonomia e do

---

<sup>156</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 651

<sup>157</sup> STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69197> acesso em 3 out 2014

<sup>158</sup> Ana Luiza Chieffi, Rita Barradas Barata, Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. Caderno saúde Pública, Rio de Janeiro, ago 2009, p.1843

atendimento dos titulares de direitos em iguais condições”<sup>159</sup>

Tal posição explica-se pelo fato de que nas ações individuais a interferência do judiciário é feita sem a noção real do impacto causado pela decisão, tendo em vista os elevados custos de medicamentos no país, por outro lado, nas ações coletivas as questões orçamentárias podem ser sopesadas de forma mais adequada pelo nível de informações contidas com maiores subsídios.

---

<sup>159</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 652

### 3. JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE

O reconhecimento da saúde como um direito prestacional subjetivo reflete-se em duas situações práticas, a primeira diz respeito à obrigação e a responsabilidade do Estado em formular políticas públicas que assegurem o acesso da população aos serviços de saúde, e segundo, a possibilidade do cidadão pleitear judicialmente, de forma individual ou coletiva, o cumprimento dessa obrigação.

O aumento das ações judiciais na área da saúde tem demandado do poder público maior atenção no que diz respeito à implantação de políticas públicas capazes de efetivamente garantirem a sociedade a fruição dos direitos sociais prestacionais consubstanciados em nossa Constituição.

Restou evidente que, diante de omissões legislativas e administrativas, o judiciário, na “tentativa de sanar a deficiente gestão das políticas públicas”<sup>160</sup>, tem assumido importante papel na defesa dos direitos fundamentais, acionando um ativismo com vistas a promoção de mudanças sociais, balizando suas decisões dentro dos critério de integridade do direito.

Após investigação e análise de pontos cruciais que perpassam o tema “direito à saúde”, iremos, neste último capítulo, realizar um recorte dentro do universo das ações que demandam por serviços de saúde, passando a delinear considerações a cerca da judicialização dos medicamentos não incorporados pelo Ministério da Saúde em sua lista de fornecimento gratuito.

A problemática aludida justifica-se pela apuração de que, dentre as ações judiciais propostas por usuários do Sistema Único de Saúde, estão entre os pedidos mais recorrentes, aqueles referentes ao fornecimento de medicamentos<sup>161</sup>, e sob essa perspectiva, as decisões judiciais devem considerar a política pública

---

<sup>160</sup> CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.,p 68

<sup>161</sup> MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 4, Aug. 2011

existente, bem como os critérios utilizados em sua padronização.

É importante destacar que o tema “fornecimento de medicamentos” envolve atores diversos, como por exemplo, gestores do SUS, profissionais de saúde, e profissionais do Direito. Além disso, a questão está relacionada não apenas a decisões políticas de saúde, mas também, decisões técnicas relativas à incorporação de tecnologias.

### 3.1 Política de Medicamentos no Brasil

A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º inciso VI, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a “formulação da política de medicamentos”<sup>162</sup>.

No Brasil, a Política Nacional de Medicamentos (Portaria MS/GM nº 3.916/98), aprovada dez anos pós a promulgação da Constituição de 1988, tem como propósito garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.<sup>163</sup>

As principais diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (PNM) são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária<sup>164</sup>.

A PNM compreende a assistência farmacêutica, como sendo:

“Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia Terapêutica dos medicamentos,

---

<sup>162</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes> Acesso em: 13 set. 2014

<sup>163</sup> Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001. Disponível em < [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_medicamentos.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf)> . Acesso em 4out 2014.

<sup>164</sup> BRASIL. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em < [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)> acesso em 4out 2014.

o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos”

Ainda nesse sentido conforme Picon e Beltrame:

“A assistência farmacêutica constitui parte fundamental dos serviços de atenção à saúde do cidadão. (...) a estratégia terapêutica para a recuperação do paciente ou para a redução dos riscos da doença e agravos somente é possível a partir da utilização de algum tipo de medicamento (...) o medicamento é elemento essencial para efetividade do processo de atenção à saúde. Nesse contexto, o direito constitucional à saúde assegurado à população brasileira só se materializa em sua plenitude mediante o acesso do paciente ao medicamento.”<sup>165</sup>

Assim, no cenário das políticas públicas, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) aprovada pela Resolução CNS nº 338/2004<sup>166</sup>, ocupa importante posição devido ao seu impacto sobre toda a rede de serviços de saúde, constituindo um conjunto de ações que envolvem “a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia de qualidade (...) acompanhamento e avaliação de sua utilização (...)”<sup>167</sup>

A PNM possui entre suas diretrizes a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) que serve como referência para que Estados e Municípios definam suas listas observando sua complexidade assistencial e epidemiológica local.

É nesse ambiente que se encontra uma das questões centrais nas ações judiciais que demandam por medicamentos, qual seja, a não inclusão dos medicamentos pretendidos pelo autor nas listas dos Programas de Assistência

---

<sup>165</sup> PICON, Paulo Dornelles. BELTRAME, Alberto. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Disponível em < [dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do\\_f20\\_01.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do_f20_01.pdf) > acesso em 5out 2014

<sup>166</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 338, de 6 de maio de 2004, que aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Disponível em [http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao\\_sanitaria/338.pdf](http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao_sanitaria/338.pdf)

<sup>167</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 338, de 6 de maio de 2004, que aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Disponível em [http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao\\_sanitaria/338.pdf](http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao_sanitaria/338.pdf)



Farmacêutica do SUS.

Além da RENAME, a Política de Assistência Farmacêutica também usa como instrumento de organização os Protocolos Clínicos e diretrizes terapêuticas com o objetivo de “estabelecer os critérios de diagnósticos de cada doença, critérios de inclusão e exclusão de pacientes ao tratamento, as doses corretas dos medicamentos indicados, bem como os mecanismos de controle, acompanhamento e avaliação”<sup>168</sup>, ou seja, tais protocolos tem o objetivo de apoiar o médico e o paciente a respeito do cuidado mais adequado.

Ademais, assim como a RENAME, os protocolos clínicos também servem como norteadores ao planejamento e execução das ações de gestores no momento da escolha dos medicamentos que farão parte de suas listas de programas de assistência farmacêutica do SUS, seguindo assim, a lógica de gestão descentralizada.

Pelo exposto é possível concluir que cabe ao Poder Público o fornecimento de medicamentos essenciais, e que por “essenciais” são entendidos todos aqueles “produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população”, além disso, para a consecução desse fim, a administração organiza-se segundo regras da Política Nacional de Medicamentos (PNM) e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) que preveem critérios para aquisição e distribuição desses medicamentos.

Entretanto a “falta de medicamentos nas unidades de saúde, decorrente de problemas na seleção, programação, aquisição, controle de estoque, armazenamento e distribuição de medicamentos, e a dispensação por trabalhadores sem qualificação”<sup>169</sup>, bem como a procura por medicamentos não incorporados pelo SUS, legitimam a crescente busca pela via judicial como forma de acesso ao fármaco, e consequentemente ao direito à saúde.

---

<sup>168</sup> Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Disponível em: [www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/512.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/judicializacao/pdfs/512.pdf). Acesso em 4out 2014,

<sup>169</sup> MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 45, n. 4, Aug. 2011

### 3.2 Incorporação de Tecnologias em Saúde

Nesse momento da pesquisa torna-se indispensável compreender a lógica segundo a qual a Administração Pública decide pela incorporação, ou não, de uma tecnologia em saúde no SUS.

Tecnologia em saúde diz respeito aos “medicamentos, materiais, equipamentos e procedimentos, sistemas organizacionais, educacionais, de informações e suporte, bem como programas e protocolos assistenciais”<sup>170</sup>. Assim, por meio dessas tecnologias em saúde, a atenção e o cuidado da sociedade são prestados.

O processo de eleição de tecnologias que serão incorporadas ao Sistema Único de Saúde considera, além da análise de benefícios, riscos e custos, aspectos éticos, revisão sistemática e criteriosa da literatura disponível, além disso, avalia a perspectiva de eficácia, acurácia e segurança da tecnologia, análise econômica, e impacto no sistema de saúde.<sup>171</sup>

Com fulcro no direito integral a saúde, produtores, pacientes, prescritores, associações de portadores de doenças, sociedades médicas e atualmente, o próprio judiciário, veem pressionado a administração pública para que sejam feitas novas incorporações de tecnologias no SUS.

Assim, devido a suas implicações políticas, econômicas e administrativas, constatou-se a necessidade de se institucionalizar um padrão de processo de incorporação de tecnologias em saúde que fosse legalmente sustentado.

Esse cenário levou a aprovação da lei 12.401/11 que alterou a Lei. 8.080/90 dispondo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias

---

<sup>170</sup> Brasil. Portaria nº.2.510, de 19 de dezembro de 2005. Institui a Comissão para a Elaboração da Política de Gestão Tecnológica no âmbito do Sistema Único de Saúde.

<sup>171</sup> BRASIL. Lei nº 12.401/11 de 28 de abril de 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>. acesso em 29 set 2014

em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde<sup>172</sup>, e ainda, estipulou prazos para a finalização da análise das propostas de incorporações de tecnologias, criando a obrigatoriedade de abertura de processo administrativo para todas as demandas encaminhadas.

“Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contando da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por mais 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem”<sup>173</sup>

Tal legislação ainda prevê em seu art. 19-Q a criação de uma Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, (CONITEC).

“Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolos clínicos ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS”<sup>174</sup>

Desse modo, por meio do Decreto nº 7.646 de 21 de dezembro de 2011, criou-se a CONITEC, como sendo um órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, devendo auxiliá-lo nas atribuições relativas a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.<sup>175</sup>

Merece destaque o fato de que essa nova Comissão conta com a participação social no processo de tomada de decisão, prevendo a representação do Conselho Nacional de Saúde, que reúne representantes de entidades e movimentos

---

<sup>172</sup> BRASIL. Lei nº 12.401/11 de 28 de abril de 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>. acesso em 29 set 2014

<sup>173</sup> BRASIL. Lei nº 12.401/11 de 28 de abril de 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>. acesso em 29 set 2014

<sup>174</sup> BRASIL. Lei nº 12.401/11 de 28 de abril de 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>. acesso em 29 set 2014

<sup>175</sup> BRASIL. Decreto nº 7.646/11 de 21 de dezembro. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm)> aceso em 3out2014

de usuários, de trabalhadores da área da saúde, do governo e de prestadores de serviços em saúde, além da participação dos Estados e Municípios através do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), soma-se ainda a presença do Conselho Federal de Medicina (CFM), como órgão de classe envolvido com as ações e procedimentos médicos.<sup>176</sup>

Deste modo, a incorporação de tecnologias em saúde pelo SUS é precedida de processo administrativo que seguirá as regras previstas na Lei do Processo Administrativo nº 9.784/99, que assegura, inclusive, a figura do recurso contra decisão desfavorável, analisado por uma instância superior.

O pedido de incorporação tecnologias, como por exemplo, de medicamento, inicia-se com um requerimento de instauração de processo administrativo, acompanhado do número de validade do registro na ANVISA, das evidências científicas que demonstrem ser, tal tecnologia, tão ou mais eficaz e segura quanto aquelas disponíveis no SUS, de um estudo de avaliação econômica comparativa às tecnologias já acessíveis no sistema único de saúde, das amostra de produtos, quando cabível, além do preço fixado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).<sup>177</sup>

A CONITEC após análise dos estudos apresentados pelo demandante produz relatório que será encaminhado ao seu Plenário, este, por sua vez, elabora recomendações que são submetidas, no prazo de vinte dias, à consulta pública. Após as contribuições e sugestões colhidas no âmbito da consulta pública, todas as propostas são organizadas e encaminhadas novamente ao Plenário que prepara parecer conclusivo e o remete ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Ministério da Saúde. Histórico Institucional CONITEC. Disponível em <  
<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/259-secretaria-sctie/areas-da-sctie/dgits/conitec/l2-conitec/9009-historico-institucional>> acesso em 3out2014

<sup>177</sup> BRASIL. Art. 15, §1º Decreto nº 7.646/11 de 21 de dezembro. Disponível em <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm)> aceso em 3out2014

<sup>178</sup> BRASIL. Art. 19. Decreto nº 7.646/11 de 21 de dezembro. Disponível em <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm)> aceso em 3out2014

“A disponibilização dos relatórios conclusivos sobre as decisões da CONITEC à sociedade, além de dar mais transparência ao processo, pode nortear a tomada de decisão por parte dos demais gestores do SUS e de instituições de saúde, sejam elas públicas ou privadas. Além destes, o judiciário pode valer desses relatórios para embasar suas decisões nos processos que avaliarem.”<sup>179</sup>

A partir da publicação da decisão de incorporação de tecnologia, as áreas técnicas terão 180 dias para efetivar sua oferta no Sistema Único de Saúde.

Importa ainda ressaltar que, em casos de relevante interesse público, o Ministro da Saúde poderá, mediante processo administrativo simplificado, determinar a incorporação ou alteração pelo SUS de tecnologias em Saúde.<sup>180</sup>

### **3.3 Atuação do Poder Judiciário**

#### *3.3.1 Posicionamento do STF*

Há tempos vem se desenvolvendo um número significativo de demandas por prestações de serviços de saúde, assim, ainda que resumidamente, faz-se necessário apontar alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao direito à saúde.

No ano de 2009 o STF realizou audiência pública para reflexão e argumentação sobre saúde, devida à tamanha conjuntura que ganhou a questão da sua judicialização, envolvendo, nessa discussão, diversos atores como operadores do Direito, profissionais da área da saúde, gestores e sociedade civil.

“As audiências públicas são um bom exemplo do firme propósito da Suprema Corte de que a revisão judicial deve ser efetivada de forma totalmente compatível com outras instituições democráticas. Se uma das principais fontes de legitimidade democrática da Corte vem da força dos seus argumentos, é evidente que esta deve estar disposta a ouvir os setores da sociedade, especialmente em casos relativos à

---

<sup>179</sup> Incorporação de tecnologias em saúde no Brasil: Novo modelo para o Sistema Único de Saúde. Disponível em < [http://www.huwc.ufc.br/nats/download/pdf\\_c8699e6b5dec9d175839e503f51cdc7c.pdf](http://www.huwc.ufc.br/nats/download/pdf_c8699e6b5dec9d175839e503f51cdc7c.pdf) > acesso em 5out 2014

<sup>180</sup> BRASIL. Decreto nº 7.646/11 de 21 de dezembro. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm) > aceso em 3out2014

efetivação de direitos socioeconômicos.”<sup>181</sup>

O objetivo da audiência foi esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas, que circundam as decisões no âmbito do direito à saúde. Tal audiência constatou que a “a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de política pública voltadas à proteção do direito à saúde, mas ao cumprimento inadequado de políticas já existentes”<sup>182</sup>.

O debate constatou a necessidade de reavaliação da crescente transferência de responsabilidade aos Municípios, sinalizando para uma reavaliação institucional, demonstrando que deve existir uma ação conjunta entre os entes nos cumprimento das tarefas constitucionais.

Como fruto da audiência pública tivemos a criação do “Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde” com o objetivo de propiciar ampla discussão sobre aumento das ações na área da saúde e obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos. Além disso, os resultados alcançados também geraram um processo de atualização de protocolos.<sup>183</sup>

As ações que versam sobre direito à saúde são complexas e requerem decisões judiciais ponderadas que levem em consideração todas as circunstâncias envolvidas nos casos concretos. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal traçou alguns critérios, que foram construídos na audiência pública, que podem fornecer balizas ao assunto.

Com isso, chegando uma demanda por direito à saúde o juiz precisará observar as seguintes três ponderações, passadas a seguir de forma esquematizada.

A primeira ponderação refere-se à necessidade da verificação da

---

<sup>181</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 657

<sup>182</sup> MENDES, op.cit.,p 658

<sup>183</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 659

existência de política pública que verse sobre a prestação que esta sendo pleiteada pelo autor. Nesse caso, quando o juiz defere uma prestação já prevista em políticas sociais, o judiciário não está agindo como “criador” de política pública, mas tão somente, determinando seu cumprimento, havendo nessa hipótese a existência de um direito público subjetivo a uma determinada política pública.<sup>184</sup>

Não havendo política pública é preciso verificar se o motivo de sua falta decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão administrativa em não fornecê-la ou de alguma vedação legal a sua dispensação. Aqui é preciso atentar-se para o fato do medicamento ser ou não registrado pela ANVISA, onde *a priori*, como regra geral, a administração pública fica proibida de fornecer o fármaco, porém em casos excepcionais, a importação do medicamento sem registro poderá ser autorizada pela ANVISA.

“Art. 8 § 5º A Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas”<sup>185</sup>

O segundo critério de ponderação a ser verificado pelo julgador diz respeito à motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.

Podem decorrer duas situações nesse cenário: o SUS pode oferecer um tratamento alternativo, porém não adequado ao paciente; ou o SUS não possui nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Na hipótese da existência de tratamento alternativo é preciso saber que, como regra geral, o Sistema Único de Saúde adota “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, ou seja, ligada a corrente da “Medicina com base em evidências”, adotamos um conjunto de critérios que permitem indicar o diagnóstico de doenças e seus respectivos tratamentos.

---

<sup>184</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 659

<sup>185</sup> BRASIL. Lei nº 9782/99 de 26 de janeiro de 1999. Disponível em< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm)> acesso em 4out2014

“Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) têm o objetivo de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento das doenças com as respectivas doses adequadas e os mecanismos para o monitoramento clínico em relação à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos.”<sup>186</sup>

Assim, um medicamento em desconformidade com tais protocolos deve ser visto com cuidado, pois conforme Gilmar MENDES “obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e lavaria ao comprometimento do SUS”<sup>187</sup>. Contudo, tal conclusão não afasta a possibilidade de que o poder judiciário possa deferir o pedido de tratamento não previsto em protocolo, nos casos onde a pessoa comprove que o tratamento alternativo fornecido pelo SUS não é eficaz no seu caso.

Na segunda hipótese onde o SUS não tem nenhum tratamento para determinada patologia, teremos duas situações: tratamentos experimentais e tratamentos ainda não testados pelo sistema de saúde.

Quanto aos tratamentos experimentais, ou seja, aqueles sem comprovação científica de sua eficácia, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los, pois o acesso a essas drogas estão apenas no âmbito de estudos clínicos.

Delicado é o campo dos novos medicamentos ainda não incorporados pelo SUS, pois ainda que a existência de protocolos clínicos objetive melhor distribuição de recursos e segurança dos pacientes, sua aprovação e incorporação podem ser lentas e burocráticas. Com isso, a omissão administrativa no tratamento de alguma patologia pode ser impugnada por decisão judicial.

“a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade dos sistemas, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.”<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> Secretaria Estadual de Saúde. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <[http://www.saude.rs.gov.br/conteudo/334/?Protocolos\\_Cl%C3%ADnicos\\_e\\_Diretrizes\\_Terap%C3%AAuticas\\_do\\_Minist%C3%A9rio\\_da\\_Sa%C3%BAde](http://www.saude.rs.gov.br/conteudo/334/?Protocolos_Cl%C3%ADnicos_e_Diretrizes_Terap%C3%AAuticas_do_Minist%C3%A9rio_da_Sa%C3%BAde)> acesso 4out 2014

<sup>187</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 661

<sup>188</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 662



A terceira, e última ponderação ou parâmetro a ser seguido pelo juiz, está relacionada à necessária e indispensável instrução processual com ampla produção de provas demonstrando a real necessidade no fornecimento de determinado medicamento, evitando a padronização de peças processuais

### **3.4 Á Guisa de Conclusão**

O panorama atual sobre fornecimento de medicamentos demonstra que além da via ordinária, regulada pelas políticas públicas, ganha cada vez mais força a via judicial como forma de distribuição de medicamentos. Com isso, apesar de não ser o poder judiciário responsável por esse tipo de procedimento, suas decisões vem deferindo, quase todos os pedidos a ele demandados, causando grande impacto no âmbito das políticas públicas de saúde.

Como foi possível verificar, o Ministério da Saúde através de sua Política Nacional de Medicamento (PNM) e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) adota critérios, baseados em estudos multidisciplinares para a padronização de determinados medicamentos que formam o elenco da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Além disso, observou-se que as relações de medicamentos, bem como os protocolos clínicos não são fórmulas engessadas existindo uma atualização periódica, baseada em avaliações técnicas, com o objetivo de acompanhar os avanços tecnológicos, ademais, há ainda, a previsão de uma Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) responsável pelo processo de incorporação de novas tecnologias em saúde.

Por fim, averiguamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos casos que demandam por direito à saúde, e a adoção, pelo poder judiciário, de algumas ponderações no que se refere a fornecimento de medicamentos.

Segundo artigo publicado por Eloisa MACEDO e Luciene LOPES<sup>189</sup>,

---

<sup>189</sup> MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica

as demandas judiciais por medicamentos podem ser divididas em dois grupos: o primeiro relacionado à solicitação de medicamentos previstos nas listagens do SUS, porém com fornecimento prejudicado devido a problemas na gestão dos serviços farmacêuticos ou protocolos restritivos ou desatualizados, e até mesmo medicamentos não incorporados, porém com boas evidências de benefícios; o segundo grupo relaciona-se ao pleito de medicamentos sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou que mesmo não tendo sido incorporados, possuem alternativa terapêutica disponível.

Do ponto de vista da judicialização de medicamentos não incorporados ao rol dos fármacos disponibilizados pelo SUS, encontramos no judiciário uma interpretação do direito à saúde de forma tão abrangente que “dá margem ao fornecimento de praticamente qualquer tipo de medicamento postulado em face do Estado”<sup>190</sup>

Frente ao tema os argumentos de defesa do Poder Executivo giram em torno de argumentos como: existência de uma padronização dos medicamentos pela RENAME; observância aos protocolos clínicos; necessidade de prescrição por médicos do SUS; ofensa ao princípio da isonomia; racionalização dos gastos com saúde; e ausência de recursos.<sup>191</sup>

O poder público contesta as demandas por medicamentos não incorporados no SUS, com base na existência de tratamentos já padronizados, e que o judiciário não poderia andentar nessas questões por ter a administração pública cumprido todos os requisitos aptos a respeito da deliberação sobre o tema das incorporações.<sup>192</sup>

Em verdade, a Lei nº 12.401/11 pretendeu estabelecer critérios

---

para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 45, n. 4, Aug. 2011

<sup>190</sup> SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.p.84

<sup>191</sup> SANT'ANA, op.cit.,p.74

<sup>192</sup> CIARLINI, Avaro Luis de Araujo. Análise Jurídica dos Critérios axiológicos de avaliação de medicamentos contidos nos Relatórios de Recomendação emitidos pela CONITEC: o caso Fingolimode.

juridicamente aceitáveis para atender ao princípio da integralidade. Para isso, criou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) que através de uma análise técnica, com base em evidências científicas comprobatórias de eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, e uma análise econômica, comparativa dos benefícios e dos custos em relação a tecnologias já existentes, recomenda ou não a incorporação de novos fármacos.<sup>193</sup>

Por outro via, o judiciário entende que o juiz ao deferir uma prestação já prevista em políticas sociais, não está agindo como “criador” de política pública, mas tão somente, determinando seu cumprimento, havendo nessa hipótese a existência de um direito público subjetivo a uma determinada política pública<sup>194</sup>.

Em casos de medicamentos não incorporados no SUS, onde de um lado temos o usuário do sistema único de saúde com pretensões fundamentadas nos art. 196 e 198 da CF, e do outro, o poder público com justificativas/recomendações baseadas em um “sistema de proposições que têm por objetivo definir, em seu conjunto, a máxima utilidade e potencialidade do tratamento financiado com base em critérios de custo/benefício”<sup>195</sup>, para impor uma restrição ao direito do cidadão, o judiciário, utilizando do critério do “direito subjetivo como trunfo”<sup>196</sup>, vem concedendo a tutela jurisdicional afirmando o direito fundamental à saúde, frente aos argumentos impostos pela CONITEC.

Ademais, importante pesquisa realizada por Ramiro Nobrega SANT'ANA<sup>197</sup>, nos mostra que as decisões judiciais no âmbito do Tribunal de Justiça

---

<sup>193</sup> CIARLINI, Avaro Luis de Araujo. Análise Jurídica dos Critérios axiológicos de avaliação de medicamentos contidos nos Relatórios de Recomendação emitidos pela CONITEC: o caso Fingolimode.

<sup>194</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012

<sup>195</sup> CIARLINI, Avaro Luis de Araujo. Análise Jurídica dos Critérios axiológicos de avaliação de medicamentos contidos nos Relatórios de Recomendação emitidos pela CONITEC: o caso Fingolimode.

<sup>196</sup> CIARLINI, Avaro Luis de Araujo. Análise Jurídica dos Critérios axiológicos de avaliação de medicamentos contidos nos Relatórios de Recomendação emitidos pela CONITEC: o caso Fingolimode.

<sup>197</sup> SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.p.83

do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), no que se refere ao fornecimento de medicamentos, possuem alguns posicionamentos característicos:

“A assistência farmacêutica fornecida pelo Estado é materialização dos direitos constitucionais à saúde e à vida e ela pode ser postulada individualmente no Judiciário, especialmente quando o cidadão não possui recursos financeiros suficientes para arcar com o custo do medicamento.

As normas de gestão do SUS são vistas como entraves burocráticos e mecanismos de resistência do gestor à prestação de serviço de qualidade à população

Não há compatibilização entre a interpretação do direito à saúde (art. 196 da CF) e as leis e normas administrativas que representam as políticas públicas traçadas pelo Ministério da Saúde para a assistência farmacêutica.

A indicação terapêutica do médico que assiste o autor (receita médica) prevalece sobre os protocolos clínicos e terapêuticos formulados pelos gestores do SUS. Os magistrados evitam debates que envolvam conhecimento médico, ainda que a defesa junte aos autos laudo médico, com indicação terapêutica diferente daquela exposta na petição inicial

As limitações orçamentárias, tanto fáticas quanto jurídicas, em nenhuma hipótese justificam o não atendimento ao direito à saúde do cidadão na forma como é postulado na petição inicial.

A intervenção judicial na gestão da saúde não representa violação ao princípio da separação dos poderes

É desnecessário que o autor postule junto ao SUS o fornecimento do medicamento ou que siga os procedimentos administrativos de dispensação antes de recorrer ao Judiciário.”<sup>198</sup>

Por fim, percebemos que existe uma controvérsia que se refere ao questionamento: Um medicamento não incorporado, por recomendação da CONITEC às listas do SUS, poderia ser objeto de tutela jurisdicional, ou seja, o fato da matéria sobre incorporação de medicamentos já ter sido tratada de forma exaustiva no âmbito administrativo, restringe o pronunciamento de decisão judicial?

#### 3.4.1 Tópico Conclusivo Luhmanniano

Por fim, nossa análise usará como respaldo a teoria sistêmica

---

<sup>198</sup> SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDFT. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.p.83

apresentada por Niklas Luhmann apoiada na ideia de *diferença*<sup>199</sup>. Tal diferenciação ocorre entre *sistema* e *ambiente*, e segundo LUHMANN, existe na sociedade moderna uma diferenciação social, que acontece através da *complexidade*, da *seletividade* e da *contingência*.<sup>200</sup>

Complexidade significa multiplicidade de escolhas, com consequente aumento de possibilidades de ação, por isso, um *sistema* funciona como um redutor de complexidade, na medida em que, seleciona as possibilidades de escolha, assim devido a grande complexidade advinda da sociedade surge à necessidade da criação de subsistemas, como forma segunda redução de complexidade.<sup>201</sup>

“Nesse contexto, a primeira redução da complexidade ocorre do ambiente para o sistema social; a segunda redução da complexidade ocorre do sistema social para os sistemas jurídicos, econômicos, políticos, etc.”<sup>202</sup>

Seletividade diz respeito a alternativa de escolher as possibilidades de comunicação/ação, com isso, aumentando-se a complexidade há um aumento de seletividade entre as ações existentes. Assim, o direito, por exemplo, torna-se uma possibilidade dentre as multiplicidades de escolhas, e quando o escolhermos reduzimos a complexidade aquele âmbito. Ademais, quando optamos por uma ação, não estamos excluindo as outras.<sup>203</sup>

Contingência para LUHMANN seria “o perigo de desapontamento e

---

<sup>199</sup> BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. Os limites funcionais do Poder Judiciário na teoria sistêmica e a Judicialização das políticas Públicas. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun., 2010. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/4.pdf> Acesso em 04 out 2014

<sup>200</sup> BRASIL JUNIOR, op.cit.,p.103

<sup>201</sup> BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. Os limites funcionais do Poder Judiciário na teoria sistêmica e a Judicialização das políticas Públicas. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun., 2010. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/4.pdf> Acesso em 04 out 2014. p103.

<sup>202</sup> BRASIL JUNIOR, op.cit.,p104

<sup>203</sup> Ibidem, p.104

necessidade de assumir riscos”<sup>204</sup>, pois uma ação poderia ser outra.

“(...)O direito posto é direito possível, e não direito necessário. Se é assim, então é direito modificável, que poderia ser diferente. Direito positivo, portanto, é mutável, fluído e dinâmico, passível de ser modificado pela sociedade (...)”<sup>205</sup>

Desta maneira, cada sistema possui uma comunicação interna, sendo fechado operativamente, com um código comunicativo exclusivo e desempenhando uma função determinada e exclusiva, e aberto cognitivamente através de acoplamento estrutural.<sup>206</sup>

Cada sistema funcional entende o mundo segundo o seu código binário específico, por exemplo, o sistema jurídico usa o código lícito/ilícito, direito/não-direito, legal/ilegal, enquanto o sistema político usa o código poder/não-poder, governo/não-governo, e assim por diante.

Nessa perspectiva, cada sistema desempenha uma função para a sociedade, enquanto a função do sistema político é a tomada de decisões que vinculam a coletividade, o sistema jurídico tem a função de “garantir as condições que possibilitam as ações, e não orientar propriamente as ações”<sup>207</sup>

“O sistema jurídico tem como função a garantia das expectativas, no que Luhmann chama de generalização congruente das expectativas normativas. A economia lida com expectativas cognitivas, enquanto o direito cuida de expectativas normativas”<sup>208</sup>

Ainda que os sistemas funcionem operativamente fechados,

---

<sup>204</sup> CARVALHO, Délton Winter. *O Direito como um a Sistema Social Autopoietico: Auto-Referência, Circularidade e Paradoxos da Teoria e Prática do Direito*. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/artigos/professores/delton.pdf>>. Acesso em: 08 de out de 2014.

<sup>205</sup> BRASIL JUNIOR, op.cit.,p.104

<sup>206</sup> DE KELSEN, A. QUESTÃO DA JUSTIÇA; LUHMANN, A. Arnaldo Bastos Santos Neto. Disponível em <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ArnaldoNetoDireito.pdf> acesso em 04out2014

<sup>207</sup> BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. Os limites funcionais do Poder Judiciário na teoria sistêmica e a Judicialização das políticas Públicas. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun., 2010. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/4.pdf> Acesso em 04 out 2014. p.106

<sup>208</sup> BRASIL JUNIOR.op.cit., p.106

assegurando sua integridade, estes não são independentes de seu ambiente podendo sofrer influências e influenciar outros sistemas, surgindo assim o chamado *acoplamento estrutural*, que “mantém o fechamento operativo do sistema apesar de aceitar uma abertura cognitiva”<sup>209</sup>, a Constituição, nesse viés, seria o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político.

Diante do exposto, e seguindo a linha desenvolvida pela teoria sistêmica, é possível ao sistema jurídico tratar de questões que, a princípio, pertenceriam ao sistema político ou econômico.

“(...)na teoria de Luhmann, é possível ao sistema jurídico operar com seus próprios elementos, apenas reagindo às irritações provocadas pela instabilidade dos sistema político.”<sup>210</sup>

Tal constatação é de suma importância, na medida em que nos indica uma resposta quanto à possibilidade do judiciário se pronunciar em matéria de dispensação de medicamento não incorporado nas listagens do sistema único de saúde, tema que, a princípio, deveria ser tratado no âmbito do sistema político.

Assim, diante da crise de efetividade dos direitos sociais, bem como a falta de recursos financeiros e de investimentos em setores como a saúde, lançaram-se em altíssimo número ações buscando a fruição de tais direitos, exigindo um posicionamento do poder judiciário.<sup>211</sup>

Diante da hipótese de fornecimento de medicamento, cada sistema poderá atuar com respostas e soluções distintas, tendo em vista a utilização de códigos próprios. O sistema político pode fundamentar suas decisões considerando seu processo de padronização para dispensação de fármaco, enquanto o sistema econômico poderá recomendar um tratamento diverso por razões de alocação de

---

<sup>209</sup> Ibidem, p.107

<sup>210</sup> BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. Os limites funcionais do Poder Judiciário na teoria sistêmica e a Judicialização das políticas Públicas. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun., 2010. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/4.pdf> Acesso em 04 out 2014. p.111

<sup>211</sup> BRASIL JUNIOR, op.cit., p.111

recursos.<sup>212</sup>

“São escolhas dramáticas, em que o executivo, cujo código binário é governar/não-governar tem a função de alocar os recursos da melhor forma possível, maximizando resultados, minimizando consequências negativas”<sup>213</sup>

Contudo a decisão política deflagra consequências jurídicas, por parte daquele cidadão que ficou desprovido de tratamento específico. Assim, o sistema jurídico, com base nos princípios constitucionais, protege o direito à saúde. Por outro lado, essa atuação judicial também deflagra consequências políticas referente a realocação de recursos para cumprimento de suas decisões.<sup>214</sup> O que se verifica é uma irritação externa sofrida mutuamente por todos os sistemas.

De acordo com a teoria sistêmica de LUHMANN o que se torna preocupante é a tentativa de um sistema tentar dominar o outro exercendo uma função intervencionista, porém se o desempenho do judiciário configura-se apenas como resposta às irritações de outros sistemas e opera com seus próprios elementos, considera-se um comportamento natural.<sup>215</sup>

Diante do apresentado passo a exposição de algumas considerações. A primeira diz respeito ao fato de que apesar de existir uma política pública de medicamentos, e que o processo de incorporação de novas tecnologias esteja à cargo da CONITEC, suas recomendações não vinculam as decisões do poder judiciário no momento de avaliação das demandas por saúde, pois de acordo com LUHMANN, em sua teoria sistêmica, o sistema político e o sistema jurídico trabalham com códigos diferentes, e dessa forma, as interpretações diante de um mesmo tema irão variar conforme os parâmetros utilizados.

Segunda consideração refere-se à constatação de que a atividade

---

<sup>212</sup> Ibidem, p.111

<sup>213</sup> Ibidem, p. p.112

<sup>214</sup> BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. Os limites funcionais do Poder Judiciário na teoria sistêmica e a Judicialização das políticas Públicas. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun., 2010. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/4.pdf> Acesso em 04 out 2014. p.112

<sup>215</sup> BRASIL JUNIOR, op.cit. p.119



judicial não prejudica o princípio da separação dos poderes, e nem põe em risco a lógica democrática, vez que apenas reage às irritações geradas por outros sistemas, desta maneira, sua atuação no âmbito das políticas públicas é legítima.

A judicialização não deveria se apresentar como caminho ao acesso de medicamentos, porém, é compreensível que isso ocorra quando o cidadão se vê privado da possibilidade de adquirir um fármaco específico para sua necessidade, não encontrando solução para sua demanda no sistema político.

Contudo, no plano prático deve-se fugir das generalizações argumentativas que rodeiam ambos os discursos, de um lado, sob a perspectiva de um substancialismo<sup>216</sup>, o judiciário, por vezes, desconsidera uma política pública no esforço de afirmar direitos subjetivos que assegurem o Bem-Estar, do outro lado, sob a ótica do discurso de impossibilidade de realização dos direitos devido as restrições orçamentárias o poder público tenta eximir-se de sua obrigação constitucional.

De importante relevância, para a tomada de decisão quanto ao fornecimento de medicamentos pela via judicial, é a individualização das demandas, fugindo das formulações genéricas, passando a analisar, de forma detida, os casos concretos, identificando quais as razões que motivaram cada pleito. Essa análise deve ser pautada no conhecimento das políticas públicas existentes, bem como nas restrições de uso do fármaco e suas alternativas, podendo o judiciário recomendar a produção de perícia técnica isenta de conflitos.

Quanto ao poder público cabe a este a reorganização da assistência farmacêutica com o intuito de garantir o fornecimento dos medicamentos previstos nas políticas públicas.

“Esse tipo de demanda pode ser significativamente reduzido com a melhor qualificação dos serviços de assistência farmacêutica, capacitando-os para a avaliação das necessidades individuais de cada paciente e oferecendo mecanismos formais, fundamentados no uso racional, para acolher os pleitos de medicamentos não previstos

---

<sup>216</sup> CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008., p 232

nas listas do SUS no âmbito da gestão”<sup>217</sup>

Assim, ainda que o sistema jurídico e o sistema político estejam fechados operacionalmente é possível que eles se observem. Não há, no presente trabalho, tópico conclusivo quanto à forma adequada para dispensação de fornecimentos de medicamentos no âmbito executivo, e nem tampouco, uma pacífica fundamentação judicial sobre o tema.

Como foi possível verificar, a solução encontra-se em perspectiva futura baseada no debate e reflexão do objeto direito à saúde que reclama uma riqueza discursiva condizente com a complexidade do tema.

. Em sede de monografia a pretensão encontra-se tão somente nas análises conceituais, e na formação de um quadro geral que possibilite uma reflexão mais aprofundada sobre os debates que vem ocorrendo na arena política e judicial.

---

<sup>217</sup> MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 4, Aug. 2011

#### 4. CONCLUSÃO

A presente monografia nasceu com o intuito de entender o contexto da judicialização da saúde, e diante da diversidade e complexidade do tema, o estudo teve como foco trazer à baila os elementos que compõe as decisões judiciais que envolvem demandas por fornecimento de medicamentos não incorporados pelo poder público no Sistema Único de Saúde.

A intenção imediata do estudo foi estimular uma reflexão, por meio da compreensão das variáveis envolvidas nos processos judiciais que, de alguma maneira, exercem influência direta na execução das políticas públicas.

Para atingir tais pretensões, o trabalho foi dividido em três capítulos, cada um representando bases conceituais necessárias a uma correta percepção sobre a matéria.

No primeiro capítulo, iniciamos o estudo verificando a possibilidade de reconhecermos a existência de um direito subjetivo à saúde, partindo da análise de sua natureza de direito fundamental prestacional de caráter programático. Com base nos estudos desenvolvidos pelo prof. Ingo Wolfgang Sarlet, foi possível concluir nesse tópico que, sob determinadas condições, é possível reconhecer direitos subjetivos a prestações sociais, independentemente da concretização do legislador, com especial prestígio aqueles vinculados à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, constatando-se que o direito a saúde é subjetivo e que por isso é passível de pretensões judiciais, somos diretamente lançados ao tópico do segundo capítulo, o qual aborda exatamente o fenômeno dessa judicialização excessiva em matéria de saúde. Nesse viés, tecemos considerações à respeito das condições para a existência dessa judicialização, e as atuais discussões que envolvem o ativismo judicial.

Concluimos que o fenômeno da judicialização é influenciado pelo modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, onde ao fiscalizar a adequação de uma norma à constituição o judiciário acaba por adentrar na análise de escolhas formulada pela maioria parlamentar, porém tal poder judicial resulta de uma decisão política, que através da Constituição Federal, emprestou autoridade ao

judiciário a fim de dirimir conflitos. Para, além disso, constatou-se que a judicialização da política é reflexo da judicialização das relações sociais onde a “incapacidade de o Executivo e o Legislativo de fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça”, transformou o judiciário em “muro das lamentações”.

A busca por respostas nos tribunais exigiu uma atuação maior e mais intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, levando-o a um comportamento ativista na forma de interpretação do texto constitucional, ampliando seu sentido e alcance. Nessa lógica, segundo CAPPELLETTI, foi possível perceber que existe um necessário ativismo judicial “indispensável à atividade interpretativa de preceitos normativos, em virtude do caráter vago, fluido e programático das normas jurídicas”. Tal ativismo não pode ser confundido com atividade legislativa ou executiva, visto que, o trabalho jurisdicional está condicionado à iniciativa do autor que leva sua pretensão ao tribunal.

Apresentamos também no capítulo dois, uma abordagem normativa sobre o Sistema Único de Saúde como política pública de saúde voltada à concretização da promessa constitucional de universalização da saúde, analisando sua lógica de funcionamento e financiamento.

Por fim, o capítulo três tratou de aspectos pontuais em relação as demandas que solicitam o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS. Para essa empreitada foi necessário uma breve análise sobre a forma como funciona a gestão administrativa no que tange ao fornecimento de medicamentos e seu processo de incorporação no sistema público.

Vimos que a administração pública se orienta através da Política Nacional de Medicamentos e da Política Nacional de Assistência Farmacêutica em questões referentes ao fornecimento de medicamento, e que tais políticas preveem, entre suas diretrizes, a adoção de uma Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Devido as implicações políticas, econômicas e administrativas, que o tema fornecimento de medicamentos ocasiona, constatou-se a necessidade de se institucionalizar um padrão de processo de incorporação de tecnologias em saúde que fosse legalmente sustentado. Para cumprir esse objetivo o legislador ordinário promulgou a Lei 12.401/11 que, dentre disposições sobre a assistência terapêutica,

também previu a criação de uma Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Tal Comissão foi regulamentada através do Decreto nº 7.646/11 e se constitui como um órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, sendo responsável pela elaboração de Recomendações, baseadas em análises técnicas, a cerca da incorporação, ou não, de novas tecnologias no âmbito do SUS.

O capítulo três trouxe ainda alguns posicionamentos que o poder judiciário tem adotado nas decisões que dizem respeito à dispensação de medicamentos para necessários a fruição do direito à saúde.

A par de todas as argumentações pronunciadas pelo poder judiciário e pela administração pública, e à luz da teoria sistêmica de LUHMANN, percebemos os sistemas, jurídico e político, entendem o mundo segundo o seu código binário específico, e que cada sistema exerce uma função específica. Tal conclusão nos leva a compreender que diante da hipótese de fornecimento de medicamento, cada sistema poderá atribuir respostas legítimas, porém com soluções distintas.

Atualmente, no plano prático, observamos generalizações argumentativas em ambos os discursos, de um lado, sob a perspectiva de um substancialismo, o judiciário, por vezes, desconsidera uma política pública no esforço de afirmar direitos subjetivos que assegurem o Bem-Estar, do outro lado, sob a ótica do discurso de impossibilidade de realização dos direitos devido as restrições orçamentárias o poder público tenta eximir-se de sua obrigação constitucional.

Propomos que para a tomada de decisão judicial ocorra uma individualização das demandas, que devem ser analisadas, de forma detida, identificando quais as razões que motivaram cada pleito. Essa análise, por sua vez, deve ser pautada no conhecimento das políticas públicas existentes, bem como nas restrições de uso dos fármacos e suas alternativas terapêuticas, podendo o judiciário recomendar a produção de perícia técnica isenta de conflitos.

Quanto ao poder público, caberia a este uma reorganização da assistência farmacêutica com o intuito de garantir o fornecimento dos medicamentos previstos nas políticas públicas.

Percebemos que não há tópico conclusivo sobre o tema, e que sua solução encontra-se em perspectiva futura que será construída a partir de contribuições como a que se pretendeu trazer o corrente trabalho.

## 5. REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. (org.) Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010. P 167

ANA LUIZA Chieffi, Rita Barradas Barata, Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. Caderno saúde Pública, Rio de Janeiro, ago 2009, p.1843

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Rev. direito GV, São Paulo , v. 8, n. 1, jun. 2012 . Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 29 set. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In Revista da OAB Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 29 SET 2014

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira. Os limites funcionais do Poder Judiciário na teoria sistêmica e a Judicialização das políticas Públicas. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun., 2010. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/4.pdf> Acesso em 04 out 2014

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2007.Coleção Progestores.Para entender o SUS, v1. Disponível em : <[vsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colecao\\_progestores\\_livro1.pdf](http://vsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colecao_progestores_livro1.pdf)> acesso em 17 set.2014

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília: Senado Federal, 2014

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 7.646/11 de 21 de dezembro. Disponível em <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm)> aceso em 3out2014

BRASIL. Lei Federal nº 6.360/76, 23 de setembro de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm)> acesso em 03 out 2014

BRASIL. Lei nº 12.401/11 de 28 de abril de 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>. acesso em 29 set 2014

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes> Acesso em: 13 set. 2014

BRASIL. Lei nº 8.142, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes>> Acesso em: 17 set.

BRASIL. Lei nº 9782/99 de 26 de janeiro de 1999. Disponível em< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm)> acesso em 4out2014

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Caminhos do Direito à Saúde*. Brasília 2007.p 9

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. ABC do SUS. Doutrinas e Princípios. Disponível em< [www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc\\_do\\_sus\\_doutrinas\\_e\\_principios.pdf](http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf)> acesso em 7jul.2014

BRASIL.Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.Disponível em < [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)> acesso em 4out 2014.

CARTA CAPITAL. *Impasse crônico Miguel Martins e Rodrigo Martins. publicado em 02/01/2014* disponível em:< <http://www.cartacapital.com.br/revista/775/impasse-cronico-9053.html>> acesso: 05/06/14 às 16:36h

CARVALHO, Délton Winter. *O Direito como um a Sistema Social Autopoiético: Auto-Referência, Circularidade e Paradoxos da Teoria e Prática do Direito*. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/artigos/professores/delton.pdf> >. Acesso em: 08 de out de 2014.

CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008

CIARLINI, Avaro Luis de Araujo. *Análise Jurídica dos Critérios axiológicos de avaliação de medicamentos contidos nos Relatórios de Recomendação emitidos pela CONITEC: o caso Fingolimode*.



CIARLINI, Avaro Luis de Araujo. Direito à Saúde e Respeito à Constituição. In:Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde. Coleção Pensar em Saúde. Vol.1. Rio de Janeiro:CEBES,2011,p.89.

DE KELSEN, A. questão da justiça; luhmann, A. Arnaldo Bastos Santos Neto.Disponível em <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ArnaldoNetoDireito.pdf> acesso em 04out2014

DE SOUZA, Emiliana Aparecida; GOMES, Eliseudo Salvino. A VISÃO DE HOMEM EM FRANKL. Revista Logos & Existência: Revista da Associação Brasileira de Logoterapia e Análise Existencial, v. 1, n. 1, 2012.p 50.

FENANDES, João Marcelo Negreiros. A ascensão do Poder Judiciário no Brasil democrático. Alhumas considerações sobre a judicialização da política. JusNavegandi, Teresina, ano 17, n. 3364 set 2012. Disponível em: <HTTP://jus.com.ber/artigos/22620>. Acesso em: 4 set.2014

GALDINO, Flavio. O custo dos direitos, in R.L.Torres (org), Legitimação dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-222

GOHN, Maria da Gloria. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. Edições Loyola. São Paulo 1997

MINISTÉRIO DA SAÚDE.Incorporação de tecnologias em saúde no Brasil: Novo modelo para o Sistema Único de Saúde. Disponível em < [http://www.huwc.ufc.br/nats/download/pdf\\_c8699e6b5dec9d175839e503f51cdc7c.pdf](http://www.huwc.ufc.br/nats/download/pdf_c8699e6b5dec9d175839e503f51cdc7c.pdf) f> acesso em 5out 2014

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA.IBGE. Disponível em < <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>> acesso em 20set 2014.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. Pág. 159

MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial.Rev. Saúde Pública, São Paulo , v. 45, n. 4, Aug. 2011

MARQUES. Sebastião Fabiano Pinto. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais a luz de José Afonso da Silva*. Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. São João del-Rei, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p. 651

NÚCLEO DE SAÚDE DA CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (CONOF/CD), disponível em < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSadeBrasile>

OutrosPasesV.Prel..pdf.> acesso 22SET2014.

O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Princípios Doutrinários e organizativos. Disponível em <<http://sejarealista.files.wordpress.com/2009/12/4-principios-do-sus-06.pdf>> acesso em 17SET 01:02

PARA ENTENDER A GESTÃO DO SUS. Brasília: CONASS, 2011. Disponível em: <[http://www.conass.org.br/colecao2011/livro\\_5.pdf](http://www.conass.org.br/colecao2011/livro_5.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

PICON, Paulo Dornelles. BELTRAME, Alberto. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Disponível em <[http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do\\_f20\\_01.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do_f20_01.pdf)> acesso em 5out 2014

PIMENTA JUNIOR, José Luiz Barbosa. *A saúde em uma perspectiva social e democrática*. In: FIGUEIREDO, Guilherme José (Org.). *Direito sociais estudos à luz da constituição de 1998*. Curitiba-PR: Letra da Lei, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 268.

ROCHA, A.A; CESAR, C.L.G *Saúde Pública: Bases Conceituais*. Ed. 1. São Paulo: Atheneus 2008. p,106

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2009.p.84

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

SCOREL, Sarah. *Reviravolta na Saúde: origem e articulação do movimento sanitário*. Editora Fiocruz, 1999. p 176

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. Positivo. 25. Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69197> acesso em 3 out 2014

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, June 2012 <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso)>. access on 30 Sept. 2014.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Financiamento da assistência farmacêutica no sistema único de saúde. **Saude soc.**, São Paulo , v. 22, n. 1, Mar. 2013 .

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização das relações sociais, In WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 149.